

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONOMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**TRAFICANTE DE DROGAS: MAIS UM *INIMIGO* ESCOLHIDO
PELO PODER PUNITIVO**

MATHEUS TESSARI CARDOSO

RIO DE JANEIRO

2008

MATHEUS TESSARI CARDOSO

TRAFICANTE DE DROGAS: MAIS UM *INIMIGO* ESCOLHIDO PELO
PODER PUNITIVO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

RIO DE JANEIRO

2008

Cardoso, Matheus Tessari.

Traficante de drogas: mais um inimigo escolhido pelo poder punitivo. / Matheus Tessari Cardoso – 2008.

76 f.

Orientador: Nilo Batista.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.75-76.

1. Tráfico de Drogas - Monografias. I. Batista, Nilo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5555

MATHEUS TESSARI CARDOSO

TRAFICANTE DE DROGAS: MAIS UM *INIMIGO* ESCOLHIDO PELO PODER
PUNITIVO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista – Presidente da Banca Examinadora
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Prof. Fernanda Tórtima
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Rodrigo Duque Estrada Roig

Aos meus pais, por toda a educação e,
sobretudo, por transmitirem a
preocupação com a realidade social do
meu país.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus avós, pelo afetuoso carinho diário e o zelo com minha educação. Vô, obrigado por me emprestar o Monza! Vó, obrigado pelas sempre caprichadas comidas.

Ao meu irmão, por sempre me ajudar quando é necessário . Te cuida, que daqui a pouco é você!

Aos meus pais por todo o amor e incentivo nas horas difíceis.

Agradeço a Juliana pelo carinho, incentivo e paciência incondicionais nesses tempos corridos.

Ao Prof. Nilo, pela dedicada orientação e por me fornecer a oportunidade de conhecer a prática penal do nosso país.

Agradeço a Prof. Vera pelas indicações dos livros que foram extremamente importantes para a elaboração deste trabalho.

“Fracassei em tudo o que tentei na vida.
Tentei alfabetizar as crianças brasileiras, não consegui.
Tentei salvar os índios, não consegui.
Tentei fazer uma universidade séria e fracassei.
Tentei fazer o Brasil desenvolver-se autonomamente e fracassei.
Mas os fracassos são minhas vitórias.
Eu detestaria estar no lugar de quem me venceu.”
(Darcy Ribeiro)

RESUMO

CARDOSO, M. T. *Traficante de drogas: mais um inimigo escolhido pelo poder punitivo*. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes envolvendo a genocida política criminal de drogas aplicada no Brasil. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise das bases ideológicas punitivas que influenciam as agências penais envolvidas na repressão às drogas. Na segunda parte é estudado, desde as Ordenações Filipinas até os dias atuais, o histórico da legislação das substâncias ilícitas, com o intuito de demonstrar que a (in)evolução da política criminal de drogas resultou na criação de um *inimigo*. Nesta parte também são analisados alguns aspectos da vigente Lei nº 11.343 de 2006, tais como (i) a sua síntese evolutiva (ii) a consolidação da ideologia da diferenciação pelo aumento do abismo entre as respostas penais às condutas relacionadas às substâncias ilícitas (iii) a necessidade do dolo de mercancia ser o principal elemento na distinção entre as condutas de uso e tráfico (iv) a absolutização dos critérios objetivos na classificação das condutas relacionadas às drogas ilícitas. A terceira parte dedica-se à exposição da atual tendência de instauração de Estados de exceção a partir da oficialização das reais funções exercidas pelo Direito Penal. Para exemplificar o avanço desta tendência sobre a dogmática penal é brevemente analisada a doutrina do direito penal do inimigo. Por fim, é trabalhado o conceito de poder punitivo para demonstrar que a escolha e a criação de um *inimigo* a ser neutralizado, tal como o traficante de drogas na sociedade brasileira, é um fenômeno presente em diversos momentos da história da humanidade.

Palavras-Chave: Drogas, Política criminal; Bases Ideológicas; Histórico Legislativo; Efeitos da Criminalização; Traficante como Inimigo.

RESUMEN

CARDOSO, M. T. *Traficante de drogas: mais um inimigo escolhido pelo poder punitivo*. 2008. 76 f. Monografía (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Son analizadas las cuestiones relevantes relacionadas a la genocida política criminal de drogas aplicada en Brasil. Para una mejor comprensión del tema, la primera parte está direccionada al análisis de las bases ideológicas punitivas que influyen las agencias penales destinadas a la represión de las drogas. En la segunda parte es estudiado, desde las Ordenaciones Filipinas hasta los días actuales, el histórico de la legislación de sustancias ilícitas con el objetivo de demostrar que la “evolución” de la política criminal de drogas ha resultado en la creación de un enemigo. En esta parte también son analizados algunos aspectos de la vigente Ley no. 11.343 del 2006, como por ejemplo: (i) su síntesis evolutiva, (ii) la consolidación de la ideología de la diferenciación por el aumento del abismo entre las respuestas penales a las conductas relacionadas a las sustancias ilícitas, (iii) la necesidad del dolo de mercancía como el principal elemento de distinción entre las conductas de uso y tráfico, (iv) el carácter absoluto de los criterios objetivos en la clasificación de las conductas relacionadas a las drogas ilícitas. La tercera parte se dedica a la exposición de la actual inclinación de instauración de Estados de excepción a partir de la oficialización de las funciones reales ejercidas por el Derecho Penal. Para ejemplificar el avance de esta inclinación sobre la dogmática penal es brevemente analizada la doctrina del derecho penal del enemigo. Por fin, el concepto de poder punitivo es estudiado para demostrar que la opción por la creación de un enemigo que necesita ser neutralizado, como es el caso del traficante de drogas en la sociedad brasileña, es un fenómeno presente en diversos momentos de la historia de la humanidad

Palabras llaves: Drogas, Política criminal; Bases Ideológicas; Histórico Legislativo; Efectos de la Criminalización; Traficante como Enemigo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ORIGEM HISTÓRICA DA POLÍTICA CRIMINAL.....	13
3 IDEOLOGIAS DAS POLÍTICAS CRIMINAIS PUNITIVAS NO BRASIL.....	17
3.1 Ideologia pela Defesa Social.....	17
3.1.1 Ideologia da Defesa Social em sentido negativo.....	18
3.1.2 Ideologia da Defesa Social em sentido positivo (Movimentos de Defesa Social).....	20
3.2 Ideologia de Segurança Nacional.....	21
3.3 Movimentos Inominados de Punição.....	24
4 HISTÓRICO LEGISLATIVO DE DROGAS NO BRASIL.....	28
4.1 Da postura apolítica ao modelo sanitarista.....	28
4.2. Modelo bélico no combate às drogas.....	36
4.2.1 Cenário político: importação da Ideologia da Segurança Nacional.....	37
4.2.2 Legislações no modelo bélico: a neutralização de um inimigo.....	38
4.2.3 Mudança do inimigo a ser neutralizado.....	43
4.2.4 Cinzenta distinção das condutas: potencialização da seletividade.....	48
5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.343/2006.....	50
5.1 Síntese Evolutiva.....	50
5.2 Aumento do abismo entre as respostas penais.....	51
5.3 Necessidade do dolo de mercancia ser o principal elemento diferenciador.....	53
5.4 Absolutização dos critérios objetivos.....	55
5.5 Apontamentos finais sobre a Lei nº 11.343 de 2006.....	57
6 A ETERNA EXISTÊNCIA DE UM INIMIGO NO DIREITO PENAL.....	59
6.1 Oficialização das funções declaradas e Estado de exceção “necessário”.....	59
6.2 Brevíssimas palavras sobre o <i>direito penal do inimigo</i>	63
6.3 Traficante de drogas: mais um <i>hostis</i> escolhido pelo poder punitivo.....	65
6.3.1 Algumas palavras sobre poder punitivo.....	66
6.3.2 A necessidade de desconstrução do inimigo (traficante).....	69
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

“Pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal”¹.

“A PM é o melhor inseticida social”².

“Um tiro em Copacabana é uma coisa; um tiro na Coréia, um tiro no Complexo do Alemão, é outra. E aí?”³.

Essa três frases foram proferidas por agentes públicos e refletem, ao menos um pouco, como é operada a política criminal de drogas brasileira. Quando é publicado na primeira página dos jornais que “traficantes” foram mortos, toda a doutrina jurídica, legislação e tratados internacionais que protegem o ser humano são deixados de lado. O mundo forense, que deveria ser uma barreira intransponível ao cerceamento de direitos fundamentais, parece, em sua maioria, apenas reproduzir o que interessa a determinado grupo, muito porque, os que lutam contra o discurso *völkisch*⁴ são traiçoeiramente censurados.

Quando a questão versa sobre o combate ao “traficante de drogas” há o recrudescimento da legislação penal e processual penal, a aceitação dogmática do cerceamento de direitos fundamentais e um genocida sistema penal é operado por agências que atuam de acordo com o senso comum do homem de rua (*every day theory*⁵). Um dos inúmeros resultados deste modelo de drogas implementado pôde ser percebido no Estado do Rio de Janeiro, no final dos anos noventa, quando sessenta por cento da população carcerária tinha como motivo da condenação o delito do tráfico de drogas⁶.

¹ A frase foi proferida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL155710-5606,00.html>, acessado em 11 de novembro de 2007.

² A autoria da frase pertence ao chefe do 1º Comando de Área da Capital, Coronel da Polícia Militar, Marcus Jardim, e foi proferida após a ocupação do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) na Favela Vila Cruzeiro. Fonte: Jornal *O Estado de São Paulo* do dia 20/04/2008.

³ A autoria da frase pertence ao Secretário de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame. Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio>; acessado em 30/10/2007.

⁴ Utilizamos a palavra de acordo com o sentido empregado por Zaffaroni, que a define como uma técnica popularesca de alimentar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 57, Ed. Revan, 2007).

⁵ *Every day theory* seria, sinteticamente, a partir de Baratta, o senso comum do homem de rua sobre crime, criminalidade, o criminoso e a resposta punitiva (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 42, 2002, Ed. Revan).

⁶ Anuário Estatístico do Estado do Rio de Janeiro de 1998, p. 236. Dos 12.072 presos no regime fechado, 7.398 eram condenados por tráfico de drogas. *apud*. ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada. Quem são os traficantes de drogas*. p. 11, Ed. Revan, 2007.

Diante do quadro atual nasceu o inconformismo que originou a idéia desta monografia. O objetivo do presente trabalho é, a partir da análise das origens e efeitos da atual política criminal de drogas, desmistificar a figura do traficante de drogas, que é utilizada para legitimar um verdadeiro terrorismo de Estado às camadas pobres.

Para isso, na primeira parte deste trabalho serão expostas as bases ideológicas punitivas que fornecem o substrato teórico para a operacionalização do sistema penal de drogas. Por este caminho, poderá ser melhor avaliado e prevenido o repressivismo penal desferido no combate às drogas.

A primeira base ideológica punitiva a ser analisada será a Ideologia da Defesa Social, que por sua duplicidade funcional funciona em sentido negativo e positivo.

Em sentido negativo será demonstrado que Ideologia da Defesa Social tem a função de servir como base teórica protetora e garantidora do senso comum punitivo dos agentes do sistema penal e do homem de rua, disseminando a idéia que a intervenção punitiva é a resposta ideal ao delito.

Outrossim, será exposto que a Ideologia da Defesa Social em sentido positivo, também chamada de Movimentos de Defesa Social, postula a criação de um modelo integrado de ciências criminais, que enxerga a criminologia como um laboratório de investigação da ação criminosa. Em suma, verificaremos que o Movimento de Defesa Social fomenta um projeto transnacional das ciências criminais na luta contra o crime, representando a atuação positiva da Ideologia da Defesa, divulgando e publicizando seus princípios e objetivos.

A segunda base ideológica abordada será a Ideologia da Segurança Nacional, cuja origem remonta ao período pós-2ª Guerra Mundial, com a bipolarização geopolítica entre Estados Unidos da América (E.U.A.) e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.), tendo chegado ao Brasil, assim como na América Latina, na década de sessenta com as abruptas instaurações de Estados de exceção, que se auto legitimaram através da crença da existência de *inimigos internos* (comunistas).

É evidente que estas duas ideologias por si só são suficientes para basilar um sistemas penal totalizador, como é o do combate às drogas. No entanto, será demonstrado que existem outros movimentos que clamam pela aplicação do poder punitivo e preenchem o vácuo deixado pelas duas ideologias mencionadas, mas que não podem ser classificados como uma base ideológica, porque seus propagadores não denominam-se ou identificam-se pertencentes a determinado grupo e suas ações não

possuem um fundamento teórico homogêneo Por esta razão, taxamos estas ondas punitivas difusas de Movimentos Inominados de Punição.

Na segunda parte da Monografia será estudado, desde as Ordenações Filipinas até os dias atuais, o histórico da legislação que tornou ilícita determinadas substâncias. Esta análise é fundamental porque nos permite visualizar as mudanças neste campo do sistema penal que redundaram na criação de um criminoso *diferenciado*. Ademais, é uma importante ferramenta questionadora da eficácia do sempre utilizado modelo proibicionista.

Nesta parte será analisada a implantação, em 1914, do modelo sanitarista, momento no qual o Brasil passou a ter efetivamente uma programação repressiva coerente no combate às drogas política criminal de drogas, cuja atuação dava-se a partir do paradigma do usuário de drogas como um doente que deveria ser “medicado” (internado), ainda que compulsoriamente.

Será analisado também o modelo bélico de combate às drogas, instaurado com a ditadura a partir de 1964. Neste momento, será exposto que (in)evolução da legislação de drogas daquele período foi fundamental para a criação do estereótipo do traficante como inimigo a ser eliminado.

Quando alcançarmos a atual Lei nº 11.343/06 analisaremos a sua síntese evolutiva, bem como a consolidação da ideologia da diferenciação pelo aumento do abismo entre as respostas penais às condutas relacionadas às substâncias ilícitas, o que oficializa a crença num *inimigo* (traficante) a ser combatido.

Outrossim, com base na doutrina que visa reduzir os danos do sistema penal de drogas, serão expostas críticas à interpretação realizada sobre alguns dispositivos da atual lei, tais como a necessidade do dolo de mercancia ser o principal elemento na distinção entre as condutas de uso e tráfico e a necessidade de não ocorrer a absolutização dos critérios objetivos na classificação das condutas relacionadas às drogas ilícitas, posto que isso vincula a opinião do *parquet* e do magistrado ao trabalho exercido pelas agências policiais.

Na terceira parte do presente trabalho será demonstrado que a atual política criminal de drogas chegou a um ponto preocupante de punição, pois a atuação dos poderes legislativos, executivo e judiciário, somada ao trabalho exercido pela mídia, visam oficializar as reais funções exercidas pelo direito penal.

Por fim, será trabalhado o conceito de poder punitivo para analisar o processo de escolha e a criação de um *inimigo* a ser neutralizado. Aqui será comprovada a necessidade do direito penal ser uma barreira intransponível ao avanço do Estado de polícia, que ocorre no Brasil por meio da infamante guerra às drogas.

Para expor estes diversos pontos nossa metodologia se baseia em uma pesquisa qualitativa, com a técnica de análise bibliográfica e documental que versem as origens e os efeitos da política criminal de drogas brasileira.

Ademais, no que diz respeito à propagação midiática do poder punitivo, serão expostas reportagens recolhidas ao longo do presente ano. É de suma importância a análise deste material, pois é neste momento que o discurso é fomentado e “democratizado”, parecendo se tornar um turbilhão que não pode ser questionado.

Por fim, é válido ressaltar que a presente monografia é início de um futuro projeto de pós-graduação, que julgamos ser uma linha de pesquisa válida a ser carregada sem temor à academia forense, já que esta pode ser a maior *inimiga* à expansão legislativa penal em face do *inimigo* (traficante). Outrossim, dada a enorme presença do assunto nos meios de comunicação e, conseqüentemente, nos diálogos cotidianos é de suma importância que a sua análise não seja estática, mas sim constante, para que, dessa forma, em nenhuma ocasião possamos nos iludir com uma disfarçada expansão de um poder punitivo “prudente”.

2 A ORIGEM HISTÓRICA DA POLÍTICA CRIMINAL

É fundamental uma breve análise sobre a origem histórica e o conceito de política criminal, pois este estudo nos ajuda a compreender os motivos da existência de uma política criminal de drogas brasileira.

A partir de uma concepção lisztiana a origem da política criminal remonta à época em que ocorreu uma das maiores evoluções do Direito Penal, que foi a reforma sobre a justiça penal exercida em grande parte da Europa até meados do século XVIII. O Direito punitivo perpetrado naquela época consistia numa “*repressão arbitrária e feroz, através de penas cruéis, que visavam apenas a intimidação*”⁷ sem vislumbrar a realização de grandes fins e objetivos. Isto acabou por gerar um ambiente de “*violência, opressão e iniquidade*”⁸.

No final do século XVIII, as idéias que compunham o Iluminismo refletiriam sobre o Direito Penal gerando um vigoroso movimento de justiça penal, que estimulava a “*consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança, que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo*”⁹.

Diversos personagens contribuíram para esta reforma na seara penal, mas sem dúvida, a influência maior foi realizada por Cesar Beccaria, que em seu livro, *Dei Delitti e delle pene*, escrito com a colaboração dos irmãos Verri¹⁰ e lançado anonimamente em 1764, representou o marco inicial de uma nova época, “*não só no pensamento científico especializado, mas ainda na atuação da justiça e nas idéias comuns sobre o crime e sobre a pena*”¹¹.

Beccaria defendia, com base na conhecida teoria contratualista, que os homens, cansados de viverem sozinhos e em meio a temores, sacrificaram, para constituir a sociedade e obterem mais segurança, uma porção mínima de sua liberdade. Com base nisto, propugna que “*a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir*”¹². Entretanto, asseverava que “*todo exercício de*

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, vol. I, p. 49, 2004, Ed. Forense.

⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte geral*, tomo 1º, p. 94, 1978, Ed. Forense.

⁹ Loc. cit.

¹⁰ Cf. FRAGOSO, Heleno, Cláudio. Op. cit. p. 48.

¹¹ BRUNO, Aníbal. Op. cit. p. 94.

¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Trad. Torrieri Guimarães, p. 19, 2007, Ed. Martin Claret.

poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça, é um poder de fato e não de direito, constitui usurpação e jamais um poder legítimo”¹³.

Nota-se claramente a tentativa de racionalizar o direito de punir estatal por meio da legitimação das penas, as quais teriam os fins de impedir o réu de cometer novos delitos (prevenção específica) e desincentivar os concidadãos a agir de maneira igual (prevenção geral). Por isso, para ele, a pena deveria ser aplicada no mínimo necessário para alcançar esses fins, uma vez que elas seriam justas “*quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos*”¹⁴.

Para que a intervenção punitiva na liberdade dos *súditos* fosse mínima, Cesare Beccaria preocupou-se com formas eficazes de prevenção dos delitos, o que projetou “*a teoria do direito penal da estrutura meramente descritiva e submissa às funções declarativas da lei penal (perspectiva de lege lata) à busca de soluções para a criminalidade (perspectiva de lege ferenda)*”¹⁵.

A partir destas idéias, acabara por surgir um novo ramo das ciências penais, que seria um conjunto de princípios e recomendações não apenas de análise, mas de reforma legislativa¹⁶. “*A esse conjunto de princípios e recomendações, denomina-se política criminal*”¹⁷.

É necessário registrar que as idéias *Beccarianas* foram revolucionárias ao seu tempo, tanto que eventual quebra do anonimato da autoria da obra *Dei delitti e delle pene* certamente conduziria seus criadores a tornarem-se vítimas fatais do sistema penal irracional que questionavam. Entretanto, o fato de muitas questões da doutrina contemporânea receberem um raio de luz do pensamento de Beccaria¹⁸, demonstra existir certa análise acrítica sobre a operacionalização do Direito Penal, pois a busca pela racionalização do direito de punir do Estado e a fantasiosa tentativa de prevenção dos delitos acabaram por se tornar uma importante ferramenta no recrudescimento do sistema penal.

É preciso mencionar, ainda, que a racionalização, naquela época, não só do poder de punir, mas de qualquer ação estatal, atendia aos interesses da burguesia, classe em constante ascensão e que não desejava sofrer as interferências arbitrárias do Estado na

¹³ Loc. cit.

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Política criminal de drogas no Brasil*, p. 93, 2007, Ed. Lumen Juris.

¹⁶ Cf. Loc. cit.

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 34, 2005, Ed. Revan.

¹⁸ Cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, Vol. I, Tom I. I*, p. 43, 1972, Ed. Max Limonad.

busca de seus objetivos. Ou seja, as proposições de Beccaria estavam intimamente ligadas à desobstrução do vertiginoso caminho que a burguesia queria percorrer, e conseguiu na Revolução Francesa.

Após a origem no final do século XVIII, sem olvidar a contribuição de diversos outros autores¹⁹ para o desenvolvimento do conceito de política criminal, deve ser ressaltada a autonomização da política criminal em face do direito penal proposta por Franz Von Liszt no início do século XX:

Entre el Derecho penal dogmático – principios fundamentales del Derecho penal –, rígido, invariable, igualitario, que encarna en la ley penal estatutaria – derecho necesario –, igualmente rígida, igualitaria, invariable, y la viviente realidad de la práctica criminal y penal, eminentemente variable, bajo la ‘interfincción de lo accidental’ (Hegel) – individuales, circunstancias, casos – como la vida misma, se abría desde el nuevo punto de vista (finalísimo, teleología), el abismo aislador de una solución de continuidad.

*Era preciso llenar este vacío y para llenarle se precisaba a su vez, una actividad consciente, cuyo contenido se rigiese por una norma, un principio, una orientación diretriz*²⁰.

Von Liszt enxergava entre as rígidas categorias do direito penal e a mutante realidade vivenciada no dia a dia uma enorme lacuna, que a política criminal, como ciência autônoma ao direito penal, é que deveria preencher por meio de seus princípios e recomendações, adequando e projetando a lei às mudanças cotidianas.

Sem embargo da insuperável contribuição jurídica deste autor e sua verdadeira intenção com a autonomização da política criminal, foi exatamente neste processo que foram – e são – introduzidas “*sementes autoritárias cujo desenvolvimento delinearão os conhecidos modelos de defesa social*”²¹, pois na tentativa de adequação do sistema penal às mudanças globais o direito penal passou a ser uma (falsa) ferramenta para a proteção de todo e qualquer bem jurídico. Essa expansão da tutela penal acaba por criar um ambiente de “*violência, opressão e iniquidade*”²² e de grandes injustiças sociais, semelhante, ressalvadas as diferenças históricas, a aquele do final do século XVIII.

¹⁹ Dentre esses autores podemos citar Feuerbach, responsável pela elaboração do seguinte conceito clássico de política criminal: “*conjunto de conhecimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime*” (Fonte: CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 94).

²⁰ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, p. 60, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 93.

²¹ Loc. cit.

²² BRUNO, Aníbal. Op. cit. p. 94.

É temerária a tutela crônica de bens jurídicos por meio do direito penal, pois a partir do momento que se vende o sonho que todo e qualquer bem na sociedade pode e deve ser tutelado criminalmente, já que é mais fácil editar uma lei criminalizante do que, por exemplo, estabelecer uma política social, a atuação do direito penal deixa de ser a *ultima ratio*, perdendo, assim, sua função de contenção do poder punitivo para, ao contrário, expandi-lo. A tentativa de concretização deste sonho, ou melhor, pesadelo, é perpetrada por meio da política criminal, que busca adequar o direito penal ao momento que se atravessa.

É exatamente este processo que ocorre com a política criminal de drogas, que busca uma fantasiosa tutela penal, mediante uma expansão de processos criminalizadores inconstitucionais, de um bem jurídico abstrato, afinal, a *ratio essendi* da criminalização das drogas é a proteção da saúde pública, que está longe de ser um bem jurídico “palpável”, de fácil aferição de eventual lesão.

Deste modo, para que se possa conter e prever os próximos avanços do poder punitivo nesta questão, sobretudo o que se busca implantar por meio da atual Lei nº 11.343/2006, é fundamental uma breve análise das bases ideológicas das políticas criminais punitivas no Brasil, as quais estão presentes em maior ou menor grau nas diversas etapas do sistema penal.

3 AS BASES IDEOLÓGICAS DAS POLÍTICAS CRIMINAIS PUNITIVAS NO BRASIL

O modelo proibicionista de drogas no Brasil se sustenta na base ideológica formada por: Ideologia da Defesa Social e Ideologia da Segurança Nacional, esta última, após o processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Carta Cidadã de 5 de outubro de 1988, ganhou nova roupagem a partir da tese do *direito penal do inimigo*²³.

Além destas duas ideologias, existem outros movimentos que são, em suma, manifestações de pessoas e/ou grupos que contribuem para o recrudescimento do sistema penal. Entretanto, nem mesmo seus propagadores consideram-se integrantes de determinada base ideológica e nem suas rígidas propostas punitivas possuem uma homogeneidade teórica que permita caracterizá-los num só grupo. Por isso, seriam uma espécie de Movimentos Inominados de Punição.

3.1 Ideologia da Defesa Social

O nascimento da Ideologia da Defesa Social remonta exatamente ao surgimento da política criminal, a qual, como foi dito anteriormente, deu-se durante a revolução burguesa na segunda metade do século XVIII. Naquela época, para a ascensão da burguesia, iniciou-se um processo de racionalização dos poderes estatais, onde “*a ciência e a codificação se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês*”²⁴ e a Defesa Social assumia predomínio ideológico na desarbitrarização do poder punitivo.

Inicialmente, é necessário esclarecer que a Ideologia da Defesa Social incide em campos distintos das ciências criminais, é o que Salo de Carvalho chama de duplicidade

²³ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 31.

²⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 42, 2002, Ed. Revan.

funcional²⁵. Por um lado ela funciona como ideologia em sentido negativo, como base teórica protetora e garantidora do senso comum punitivo dos agentes do sistema penal e do homem de rua (every day theories), disseminando a idéia que a intervenção punitiva é a resposta ideal ao delito²⁶. Por outro lado, atua em sentido positivo através dos Movimentos de Defesa Social, os quais visam a propagação internacional de reformas legislativas penais integradas que enrijeçam o sistema penal.

3.1.1 Ideologia da Defesa Social em sentido negativo

Alessandro Baratta nos mostra, com maestria, os princípios que integram o conteúdo da Ideologia da Defesa Social em sentido negativo²⁷:

a-) Princípio de Legitimidade: Este princípio estabelece que o Estado, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias), está legitimado a reprimir a criminalidade que é ocasionada por determinados indivíduos. O motivo dessa legitimação resulta da capacidade que essas instituições possuem para interpretar qual a reação da sociedade dirigida à reprovação do cometimento de um delito e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

b) Princípio do Bem e do Mal: Por este princípio o delito é visto como um dano, um mal para a sociedade, a qual, constituída, representa o bem. O delinquente é um elemento negativo que não de atuou de acordo com o sistema social.

c) Princípio de culpabilidade: O delito é a exteriorização de uma atitude interior reprovável, porque é contrário aos valores e normas presentes na sociedade antes mesmo do legislador sancioná-los por meio de leis.

d) Princípio da finalidade ou da prevenção: A legitimação da pena não reside somente na retribuição do mal gerado pelo cometimento de um crime, mas também na função de exercer: a-) prevenção geral, pois com a pena abstrata, prevista em lei, cria uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso e b-) prevenção

²⁵Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 32.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 42.

específica, pois com a sanção concreta sobre o indivíduo que praticou uma conduta desviante exerce a função de ressocializar e evitar que ele cometa crimes novamente.

e) Princípio da igualdade: A lei penal é igual para todos, assim como a sanção punitiva se aplica de forma igual a todos os criminosos, que representam uma minoria que teve um comportamento desviante.

f) Princípio do interesse social e do delito natural: Os delitos definidos nos códigos penais tutelam interesses fundamentais, comuns a todos os cidadãos e que são essenciais à existência da sociedade. Apenas uma pequena parte dos delitos tutela determinados interesses políticos e econômicos.

Não obstante a política criminal de drogas aplicada no Brasil não alcance os resultados a que se propõe (proteção à saúde pública), o questionamento sobre sua ineficiência nunca é realizado sobre suas razões, são sempre criadas desculpas (corrupção policial, mau preparo dos agentes penais, falta de investimento) que estimulam promessas de mudanças no sistema penal por meio dos discursos *völkisch*²⁸, contribuindo para a manutenção do horizonte punitivo. A insistência “cega” no atual modelo genocida de repressão às drogas deve-se em muito à Ideologia da Defesa Social, pois a partir dela, nos ensina Vera Andrade, é que são formulados:

(...) o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para os infratores) e a pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade mediante a prevenção geral – intimidação – e especial – ressocialização)²⁹.

Ou seja, a Ideologia da Defesa Social contribui para o engessamento da formulação (científica) punitiva nas agências que participam do sistema penal de drogas, pois transmite a (falsa) idéia de poder racionalizador³⁰ na proteção de bens jurídicos da sociedade, cortinando a ineficiência do modelo proibicionista.

²⁸ Utilizamos a palavra de acordo com o sentido empregado por Zaffaroni, que a define como uma técnica popularizada de “*alimentar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez*” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 57, 2007, Ed. Revan).

²⁹ ANDRADE, Vera. *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*, Tese apresentada no curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 237, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 36.

³⁰Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 36.

3.1.2 Ideologia da Defesa Social em sentido positivo (Movimentos de Defesa Social)

Já os Movimentos de Defesa Social representam a atuação da Ideologia da Defesa Social em sentido positivo, inclusive como movimento acadêmico, visando estabelecer um modelo transnacionalizado de reformas legislativas penais que amplie o poder punitivo.

João Marcello de Araújo³¹ nos ensina que após o fim da 2ª Guerra Mundial, em 1945, graças à incansável atividade de Felippo Gramatica surgiu um movimento batizado inicialmente de Defesa Social, mas que em 1954 fora remodelado por Marc Ancel, por meio do livro *La Défense Sociale Nouvelle*, recebendo, então, o nome de Nova Defesa Social, cujo objetivo seria:

(...) estabelecer as bases e precisar as orientações de uma luta esclarecida contra o fenômeno criminal. A primeira preocupação é voltada para as condições de uma ação destinada a proteger a Sociedade no seu todo, garantindo desde logo o respeito e a proteção do homem como tal; e essa ação, que visa também por isso mesmo – acabamos de ver – a estabelecer uma melhor higiene social (...)³².

O Movimento de Defesa Social postula, desde sua origem em Gramatica até sua nova roupagem com Ancel, a criação de um modelo integrado de ciências criminais, que enxerga: a criminologia como um laboratório de investigação da ação criminosa, esta compreendida como fenômeno individual e social; o direito penal e processual penal como formas de estabelecer e fixar as regras de interpretação; e a política criminal como um mecanismo de organizar e fornecer as diretrizes às agências participantes do sistema punitivo³³.

Outra característica dos Movimentos de Defesa Social é a negação por completo do caráter retributivo da pena ao olvidar as concepções tradicionais de direito, possuindo, portanto, uma forte crença na teoria da prevenção, seja ela geral (ao prevenir o delito na sociedade), seja ela especial (ao isolar o delinquente e buscar meios de

³¹ ARAÚJO, João Marcello de. *Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo*, p. 66, Ed. Revan, 1991, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 37.

³² ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*, p. 241, Ed. Forense, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 37.

³³ Cf. CARVALHO, Salo de. Op.cit. p. 36.

ressocializá-lo), o que faz com que seus defensores intitulem como humanitária sua construção teórica. Entretanto, a utilização “*de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante, prevenção da reincidência e a formação de sistema de medidas de segurança extrapenais*”³⁴ desmascaram esse projeto humanitário.

Neste sentido, adverte Vera Malaguti Batista que:

Através do discurso de (recuperação, da ressocialização e da reeducação), o que se percebe são os objetivos bem claros: medidas de contenção social elaboradas com critérios bem explícitos na sua seletividade³⁵.

Em suma, o Movimento de Defesa Social ao fomentar um projeto transnacional das ciências criminais na luta contra o crime representa a atuação positiva da Ideologia da Defesa, divulgando e publicizando seus princípios e objetivos.

3.2 Ideologia da Segurança Nacional

A Ideologia de Segurança Nacional tem sua origem no período pós-2ª Guerra Mundial, com a bipolarização geopolítica entre Estados Unidos da América (E.U.A.) e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.). Naquele momento, os países alinharam-se em blocos políticos antagônicos, numa suposta divisão global entre o “bem e o mal”, o que incentivou a disseminação de regimes autoritários sob o argumento da “urgente” necessidade de combater os *inimigos* (do outro bloco político) que colocariam em risco a segurança da nação. A propagação desta corrente política criminal punitiva ocorreu no Brasil, assim como na América Latina, na década de sessenta com as abruptas instaurações, comprovadamente influenciadas pelo governo estadunidense, de Estados de exceção, que se legitimaram “*através da luta contra os ‘inimigos internos’ e a ameaça comunista*”³⁶.

³⁴ CARVALHO, Salo de. Op.cit. p.37.

³⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, p. 130, 2003, Ed. Revan.

³⁶ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 78.

Os conceitos fundadores da Ideologia da Segurança Nacional “*estão centrados na mesma fragmentação maniqueísta encontrada na principiologia fundante da IDS*”³⁷ (Ideologia da Defesa Social). Isso ocorre porque enquanto na Defesa Social a bipolarização entre o bem e mal está nos integrantes da sociedade, na divisão entre os criminosos e os cidadãos que cumprem as leis, na Segurança Nacional a bipolarização ocorre entre as nações de diferentes blocos políticos. A partir dessa semelhança estrutural, as duas ideologias punitivas se agregam e formam um poderoso sistema de controle social.

Contudo, a Ideologia da Segurança Nacional, diferentemente dos modelos de Defesa Social que são baseados na recuperação e reinserção do delinqüente, é centrada na idéia de neutralização³⁸ daquele criminoso que coloca em risco a nação, tornando-o, portanto, um *inimigo interno* a ser eliminado.

O poder punitivo oriundo da Segurança Nacional, assim como de outras ideologias, é exercido por três sistemas penais repressivos distintos, quais sejam, o formal, o administrativo e o subterrâneo, os quais, independentemente de adotarem intervenções repressivas completamente incompatíveis com os preceitos basilares do Estado de direito, terão, nesta ideologia, suas ações sempre justificadas e autorizadas, porque visam tutelar a segurança nacional. Isto permite a instauração de um Estado de exceção permanente, ocasionando um verdadeiro genocídio sobre os *inimigos da vez*.

Essa relação entre os Estados de exceção permanentes e a doutrina da Segurança Nacional na realidade latino-americana se dá a partir da transferência de conceitos do direito penal militar para o direito penal comum, como nos ensina Zaffaroni:

La Política criminal de seguridad nacional se caracteriza por una transferencia de conceptos de derecho militar al derecho penal común, deriva de la ordinarización del concepto de ‘cuerpo’ y del principio general de la ‘eficacia’, propios del plano jurídico militar. Se tiende a concebir la sociedad como un ‘cuerpo’ con ese fin, que es de ‘ganar la guerra’ y por ende, las conductas que en vida ordinaria se reservan al ámbito ético, cada vez son menos, como resultado de un ‘verticalismo social’ que implica una jerarquización” de brasileira³⁹.

³⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 40.

³⁸ Como exemplo dessa neutralização do criminoso político que atentasse à segurança nacional, podemos citar o artigo 10 do famigerado Ato Institucional nº 5: “*Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular*”.

³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Política Criminal Latinoamericana*, p. 108, *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.42.

No mesmo sentido, vale reproduzir as palavras de Jorge da Silva:

(...) por coerência com a doutrina, particularmente com a ‘doutrina militar’, inimigo é inimigo mesmo, a ser neutralizado de qualquer forma; guerra é guerra mesmo, implicando inclusive o emprego da força e da inteligência militar; combate é combate mesmo; há de haver vencedores e vencidos⁴⁰.

É interessante notar que, apesar do fim da guerra fria e das ditaduras na América Latina, a idéia de eliminação e neutralização do *inimigo interno* foi mantida, porém, com o foco transferido do criminoso político para o criminoso comum, em especial para o traficante de drogas. Essa mudança de alvo do sistema penal fica nítida ao analisarmos os discursos que legitimam a pena privativa de liberdade com base na reinserção do criminoso, os quais nunca são direcionados ao traficante, porque ele é um *inimigo* que deve ser neutralizado pelos “riscos inimagináveis” que pode causar à sociedade.

Outra prova da manutenção da operacionalização da Ideologia da Segurança Nacional nos dias atuais, e que vai de encontro com idéia de aproximação do direito penal comum e o direito penal militar, está no próprio discurso dos operadores do sistema penal, que utilizam repetidamente o vocábulo *guerra* para se referir às ações policiais genocidas nas áreas carentes. A utilização desta palavra denota a idéia que está se passando por um período de *exceção*, no qual é permitido, em prol do coletivo e da nação, cercear direitos e garantias individuais ainda que protegidos constitucionalmente, numa espécie de *corporativismo punitivo*.

Essa mudança do *inimigo* a ser neutralizado, resultou no recrudescimento dos sistemas penais, a despeito da redemocratização dos países latino americanos, mormente porque a identificação do *hostis*⁴¹ foi capilarizada às agências policiais. Neste contexto, é evidente no período pós-ditadura a protagonização das polícias no exercício do direito punitivo na América latina, a partir da perspectiva que o Governo estadunidense, ao invés de exportar escolas de guerra, passou a exportar escolas de polícia, exigindo, inclusive, dos demais países do continente que moldem suas forças policiais ao seu modelo.

⁴⁰ SILVA, Jorge da. *A Militarização da Segurança Pública e a Reforma da Polícia*, p. 498, in: Ensaio Jurídicos, O Direito em revista, Ed. Bustamante, Rio de Janeiro, - *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. 41.

⁴¹ Zaffaroni, após explicar a origem histórica do *hostis*, utiliza a palavra como sinônimo do *inimigo* escolhido para ser eliminado pelo sistema penal. (Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *O inimigo no direito penal*, p. 115, 2007, Ed. Revan).

Ilustra bem essa influência do modelo policial estadunidense em todas as fases do sistema penal dos países latino-americanos a entrevista de um instrutor da *SWAT* em visita ao Brasil⁴²:

Quais os objetivos do congresso no Rio?

Começamos a tratar disso agora e esse processo termina mais ou menos em 2009. Em 2010, haverá a reunião das Nações Unidas em Salvador, na Bahia. Vamos definir as condições mínimas como todo preso ter direito a um ambiente iluminado, mas tendo de ressarcir a vítima. Deveres, obrigações e direitos.

(...)

Quais poderão ser as sanções?

De diversos tipos, sem excluir as econômicas. Mas as regras mínimas serão definidas de acordo com a realidade de cada país. O Haiti, por exemplo, não tem as condições que a Finlândia teria. As regras mínimas sofrerão um pouco de alterações em relação às pessoas e ao país. Mas o preso terá de ter atendimento médico, acesso a especialistas

(...)

O que o Senhor acha do blindado da PM, o caveirão?

Em Orlando, que está há 26 meses sem ouvir um tiro, tem caveirão. Não só um, mas vários. O caveirão é mais uma ferramenta que a polícia tem. Há situações onde você precisa usar uma viatura blindada para evitar mortes. Confesso que esses homens têm uma coragem que eu não teria todo dia. Então, o caveirão é usado em situações de alto risco, sim, e deve continuar sendo. O custo de um homem bem treinado é alto e quando você perde um homem bem treinado, perde um homem que custou muito para a sociedade.

3.3 Movimentos Inominados de Punição

Entendemos que essas duas correntes político-criminais, Ideologia da Defesa Social e Ideologia da Segurança Nacional, são as bases ideológicas do sistema penal de drogas na atualidade, uma com maior influência no tratamento dado ao traficante (Segurança Nacional/direito penal do inimigo) e a outra ao usuário (Defesa Social/Sanitarismo). Entretanto, não podemos olvidar que existem diversas ações de diferentes atores sociais que clamam pela aplicação do poder punitivo, mas que não podem ser classificadas em movimentos. A uma, porque nem seus propagadores denominam-se ou identificam-se pertencentes a determinado grupo ideológico. A duas, porque suas ações não possuem um fundamento teórico homogêneo. Diante disto, por

⁴² Fonte: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna> - *JBonline*, acessado em 05 de janeiro de 2008, às 14:00 horas.

mera questão didática, denominaremos essas difusas idéias punitivas de Movimentos Inominados de Punição.

Estariam abarcados nestes movimentos inominados de punição os chamados Movimentos de Lei e Ordem, que, segundo a doutrina, surgiram nos Estados Unidos da América, na década de 60, em contraposição aos movimentos de contracultura pela defesa dos interesses éticos, morais e cristãos tabulados no mundo ocidental, e enxergam o crime como “*o lado patológico do convívio social, a criminalidade uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho*”⁴³.

Sobre este cenário vale reproduzir as palavras de Rosa del Olmo:

(...) era o início da década da rebeldia juvenil, da chamada “contracultura, das buscas místicas, dos movimentos de protesto político, das rebeliões dos negros, dos pacifistas, da Revolução Cubana e dos movimentos de guerrilheiros na América Latina, da Aliança para o Progresso e da guerra do Vietnã”⁴⁴.

Neste ponto, divergimos da doutrina⁴⁵ que nos baseamos para expor as base ideológicas da Defesa Social e da Segurança Nacional, uma vez que ela classifica como uma terceira base ideológica punitiva os Movimentos de Lei e Ordem. O motivo de não adotarmos essa classificação está no fato de não visualizarmos neste movimento um embasamento teórico homogêneo e não distinguirmos na sociedade quem seriam os seus integrantes. Por isso, a utilização dessa classificação (Movimentos de Lei e Ordem) acaba por blindar a identificação dos personagens que defendem o endurecimento do sistema penal com manifestações de diferentes naturezas e objetivos.

A partir de João Marcelo de Araújo Júnior⁴⁶ podemos expor algumas propostas punitivas que exemplificam os movimentos inominados de punição: 1 - a legitimação da pena estaria em si mesma, no castigo e retribuição (teoria retributiva da pena); 2 - ampliar as possibilidades de prisões provisórias; 3 - diminuir a individualização da sanção (isto é patente, como se verá mais adiante, na Lei 11.343/2006, haja vista que prevê ao usuário medidas coercitivas e homogêneas); 4 - tornar mais severa a execução

⁴³ FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos, p. 88, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, - *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.42.

⁴⁴OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*, p. 33, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1990.

⁴⁵ Salo de Carvalho classifica os Movimentos de Lei e Ordem como uma terceira base ideológica punitiva . (Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.42).

⁴⁶ O referido autor utiliza essas características para demonstrar as metas dos Movimentos de Lei e Ordem. A despeito de não concordamos com essa classificação entendemos que podemos utilizar essas metas pelo motivo de existirem na sociedade manifestações neste sentido, mas nas quais não enxergamos um fundo teórico comum. (ARAÚJO, João Marcello de. *Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo*, p. 66, Ed. Revan, 1991, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 43).

da pena (o *criminoso* não pode ter “regalias” como cela e banheiro individuais, acesso à Televisão, dentre diversos outros mostrados com caráter de “denuncismo” pelos meios de comunicação).

Para exemplificar uma *manifestação inominada de punição*, que, portanto, não se enquadra nas ideologias da Defesa Social e da Segurança Nacional, mas nem por isso deixa ter fortes influências no recrudescimento do sistema penal, podemos transcrever a opinião de um promotor público sobre uma carceragem do Rio de Janeiro:

Os presos em geral na carceragem têm mordomia demais. Acho um excesso. Na maioria dos alojamentos em que entrei existe TV, geladeira, ar-condicionado. Os presos têm até uma academia de ginástica. Quem tá ali não quer fugir, porque é o melhor lugar do Rio para estar preso. Acho que a Polinter precisa de mais fiscalização e de um endurecimento no trato com os presos⁴⁷.

No Brasil, esses apêndices de poder punitivo são majoritariamente identificados com a direita punitiva, a qual fomenta no senso comum do homem do dia a dia (*every day theory*) um estado de perigo constante que só pode ser solucionado pelo Direito Penal, a partir da concepção que o Direito Penal é uma ferramenta para a realização de fins benéficos à sociedade, preenchendo, assim, os vácuos deixados pela Defesa Social e a Segurança Nacional.

Neste contexto, os meios de comunicação são um importante instrumento na criação da sensação de perigo constante, pois selecionam, através de estereótipos, aqueles sobre os quais deve recair o direito punitivo.

Neste ponto, com insuperável precisão, Zaffaroni leciona que:

O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos delinquentes (delinquência do colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)⁴⁸.

Em suma, o que intentamos ilustrar por meio dos Movimentos Inominados de Punição são outras formas de incentivo à repressão penal que não chegam a incorporar

⁴⁷ É preciso ressaltar que o local mencionado é uma carceragem, ou seja, onde ficam presos provisórios, mas sobre os quais se deseja que recaia todo o sofrimento da carga retributiva da pena. - Fonte: sítio da Associação dos peritos do Estado do Rio de Janeiro - sítio: <http://www.aperjperitosoficiais.org.br/site> - acessado em 20 de janeiro de 2008, às 20:00 horas.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *Em busca das penas perdidas*, p. 130, Ed. Revan, 2001.

um movimento conjunto, com uma base ideológica definida. Denominá-las ou taxá-las é uma boa forma de mascarar seus propagadores.

4 HISTÓRICO LEGISLATIVO DE DROGAS NO BRASIL

Além das bases ideológicas punitivas, um importante mecanismo de estudo e compreensão da política criminal de drogas no Brasil é a análise cronológica da legislação que tornou ilícita determinadas substâncias, uma vez que por este caminho visualizamos as mudanças neste campo do sistema penal que redundaram na criação de um criminoso *diferenciado*. Ademais, é uma importante ferramenta questionadora da eficácia do sempre utilizado modelo proibicionista.

Portanto, nesta parte do trabalho será analisado o histórico da legislação brasileira sobre drogas ilícitas desde as Ordenações Filipinas, passando pelo momento decisivo que foi a ditadura (1964/1985), para finalmente chegarmos na vigente Lei nº 11.343 de 2006, sobre a qual exporemos algumas críticas baseadas na doutrina que envereda sobre o tema.

Cumprir registrar que utilizamos como base para a elaboração desta parte do trabalho o brilhante artigo *Política criminal com derramamento de sangue*⁴⁹, cuja autoria pertence ao Professor Nilo Batista.

4.1 Da postura apolítica ao modelo sanitarista

Sobre a legislação de drogas, é preciso mencionar, inicialmente, que os dispositivos a seguir analisados previam medidas administrativas e penais, sendo necessária essa ressalva, uma vez que nem sempre foi aplicada a pena privativa de liberdade à totalidade de condutas relacionadas às “substâncias entorpecentes”.

A história da criminalização das drogas tem início, no Brasil, nas Ordenações Filipinas⁵⁰, no Livro V, Título LXXXIX, com a seguinte redação:

⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: Discursos Sediciosos, nº5/6, p. 77, 1998, Ed. Freitas Bastos.

⁵⁰ As Ordenações Filipinas ficaram prontas ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

Nenhuma pessoa em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo de for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para a Africa ate nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas que não forem boticarios.

1. E os Boticarios as não vendao nem despendao, se não com Officiaes, que por razão de seus officios as hão mister, sendo porem Officiaes conhecidos por elles, e taes, de que se presume que as não darão a outras pessoas. E os ditos Officiaes as não darão, nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito sejam segundo o dano for.

2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgioes, e Esciptores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não foram officiaes conhecidos, póla primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem(*sic*).

Nota-se por esse texto que a preocupação criminalizante inicial deu-se com as substâncias utilizadas por determinados profissionais no cumprimento de seu ofício. Contudo, não se vislumbra nesta primogênita legislação uma *“massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica”*⁵¹.

Seguindo o mesmo caminho apolítico foram editadas esparsas legislações municipais, como, por exemplo, a proibição, em 1830, pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, do “pito-de- pango”⁵², além do Código Penal da República de 1890⁵³, que, por meio do seu artigo 159, criminalizava a seguinte conduta: *“expor a venda, ou ministrar, substâncias venosas sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”* (sic).

No início do século XX houve um aumento no consumo de ópio e haxixe, *“sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana”*⁵⁴. Para combater a utilização destas substâncias foi sancionado, em 08 de julho de 1914, o Decreto nº 2.861, que trouxe e regulamentou no plano interno as diretivas decididas e aderidas pelo Brasil na Conferência Internacional de Haia de 1912. Contudo, somente com o Decreto

⁵¹ BATISTA, Nilo, Op. cit. p. 79.

⁵² “Pito-de-pango”, originalmente, era um cachimbo de barro usado, dentre outras coisas, para fumar maconha. Entretanto, sua associação àquela droga foi tão forte que acabou por se tornar sinônimo dela.

⁵³ É preciso ressaltar que o Código Penal do Império, de 1830, nada mencionava sobre a proibição de substâncias ilícitas.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 12.

nº 11.481 de 1915, sancionado por Wenceslau Braz, é que foi determinada a observância da Convenção.

A partir deste momento é possível visualizar, conforme leciona Nilo Batista, uma programação repressiva coerente no combate às drogas, que, como analisaremos mais adiante, ganha os moldes do chamado modelo sanitaria. O Brasil passa a ter efetivamente uma *política criminal de drogas*, por querer, utilizando-se do direito penal, realizar determinados fins e proteger bens jurídicos relacionados ao (ab)uso de drogas ilícitas.

Depois destes decretos deve ser ressaltado o Decreto Legislativo nº 4.294, sancionado por Epitácio Pessoa em 1921, que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890 para introduzir a criminalização descodificada, em seu artigo 1º, parágrafo único, da “*substância venenosa que tiver qualidade de entorpecente, como ópio e seus derivados, a cocaína e seus derivados*” (grifo nosso). Nilo Batista ressalta que uma importante característica deste diploma legal foi a utilização pela primeira vez do termo entorpecente. A presença desta palavra em todas as legislações posteriores sobre drogas ilícitas justifica-se por sua “cinzenta” capacidade para abranger o rol das substâncias proibidas.

Neste sentido, Fragoso afirma que não é fácil estabelecer o conceito da palavra entorpecente, tanto é assim que a Sociedade das Nações Unidas preferiu a palavra estupefacientes, a qual atribuía a definição de “*veneno de propriedades sedativas, que provocam a euforia e chegam a produzir o hábito*”⁵⁵.

Já a Organização Mundial de Saúde, diante da dificuldade de definir a palavra entorpecente, bem como encontrar qualquer outro termo capaz de abranger o rol de substâncias ilícitas, preferiu buscar a definição do estado do usuário da substância ilícita mediante a utilização do termo toxicomania, que seria:

estado de intoxicação crônica e periódica, produzido pelo contínuo uso de uma droga, cujas características essenciais são: 1- necessidade ou o desejo dominador de continuar a tomar droga e de obtê-la por qualquer meio; 2- tendência ou aumento da dose; 3- dependência, e, geralmente, física do uso da droga; 4- efeito prejudicial ao indivíduo e à sociedade⁵⁶.

Essas duas tentativas de definição são suficientes para demonstrar o quão controvertido é o termo entorpecente, uma vez que dentro de seu conceito podem ser

⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Aspectos Legais da Toxicomania*, p. 4, fonte: <http://www.fragoso.com.br>.

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit. p. 5.

erroneamente incluídas inúmeras substâncias com características diferentes. Essa dificuldade na definição do termo entorpecente, comumente e erroneamente utilizado como sinônimo de droga ilícita, corrobora com tese esposada por Rosa del Olmo:

Sua grande popularidade gerou um excesso de informações muitas vezes distorcidas, que levaram a uma lamentável confusão, com suas respectivas consequências. Basta rever a proliferação, nos últimos anos, de livros, artigos e entrevistas sobre drogas, cheios de preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, onde se mistura, a realidade com a fantasia, o que só contribui para que a droga fosse assimilada à literatura fantástica, para que a droga se associasse ao desconhecido e proibido, e, em particular, ao temido. Isto é, à difusão e concretização posterior do terror⁵⁷.

Feitas essas breves considerações sobre o termo entorpecente retornemos à análise da história da legislação brasileira de drogas.

No Decreto nº 4.294/21 torna-se perceptível toda a carga moral que recaía sobre a utilização de drogas, uma vez que era determinada a internação compulsória dos intoxicados por substância venenosa ou que tivesse qualidade de entorpecente, com o intuito de evitar “*a prática de atos criminosos ou a completa perdição moral*” (artigo 6º, parágrafo 2º, alínea a). Este dispositivo veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 14.969 de 03 de setembro de 1921 que previa a internação dos usuários na Colônia de alienados enquanto não fossem criados os sanatórios para toxicômanos⁵⁸.

Nos anos 30 houve um grande (des)avanço na legislação penal de drogas, mormente pela edição dos Decretos nºs 20.930 de 1932, 24.505 de 1934 e 891 de 1938, os quais contribuíram para a formulação do artigo 281 no Decreto Lei nº 2.848 de 1940 (atual Código Penal).

No Decreto nº 20.930 de 1932 é evidente a preocupação do legislador com a evolução científica na questão das drogas ao prever no parágrafo único, do artigo 1º, a revisão periódica da lista das substâncias entorpecentes “*de acordo com a evolução químico-terapêutica*”. Ademais, outra inovação desta norma deu-se nos artigos 54 e 55, os quais previam que o Departamento Nacional da Saúde Pública coordenaria a lista dos indivíduos que praticassem o tráfico de substâncias entorpecentes. Tal fato comprova não ser novidade a tão propagandeada tentativa de integração entre as agências estatais de repressão às drogas ilícitas, principalmente as policiais.

⁵⁷ OLMO, Rosa del. Op. cit. p. 22.

⁵⁸ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p.79.

Entretanto, nada supera a capacidade do artigo 44 do Decreto nº 20.930/32 para demonstrar o agravamento da visão das autoridades públicas (e de grande parcela da sociedade) sobre a utilização dos “entorpecentes”, haja vista que o referido dispositivo tornou o vício de drogas em doença de notificação compulsória, fomentando um ambiente de denunciismo médico. Na mesma esteira, o parágrafo 3º, do artigo 45, permitia que parentes até o quarto grau delatassem familiares que fossem drogaditos, o que se tornou numa importante forma de controle intrafamiliar⁵⁹, pois esta delação possuía importantes repercussões patrimoniais.

Quanto às normas incriminadoras, o Decreto nº 20.930 “*promoveu uma intervenção penal muito mais ampla e drástica*”⁶⁰, principalmente com a antecipação do fenômeno, nomeado por Zaffaroni, da multiplicação dos verbos incriminadores, que passaram a ser, no artigo 25, os seguintes: vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer outro modo, proporcionar.

Outrossim, é evidente neste diploma legal a oficialização dos efeitos secundários da pena (que, portanto, deixam de ser secundários), uma vez que previa, além da pena privativa de liberdade, uma série de medidas a serem aplicadas de acordo com o cargo ou função que exercessem os indivíduos que cometessem o crime de tráfico. P.e.: Se o indivíduo condenado por tráfico fosse funcionário público, perderia o cargo (artigo 34), se fosse aluno de estabelecimento de ensino de qualquer nível, público ou particular, seria excluído e teria a matrícula trancada pelo tempo da pena (artigo 37). Ao profissional da área médica que concorresse para a prática do crime somava-se à pena de prisão a suspensão da profissão, que, no caso dos médicos, poderia durar de quatro a onze anos⁶¹. A preocupação com a atuação destes profissionais chegou a tal ponto que poderia ser declarado suspeito pela autoridade sanitária, sob pena de seu receituário ser submetido a uma fiscalização rigorosa, o profissional que prescrevesse continuamente substâncias entorpecentes (artigo 29).

Em suma, o Decreto nº 20.930/32 contribuiu para a formação de um paradigma presente (em menor grau) nos dias atuais, que é enxergar o usuário de drogas como um doente que deve ser “medicado” (internado), ainda que compulsoriamente. Além disso, foi responsável por uma considerável ampliação e consolidação da política criminal de drogas, pelo fato de esmiuçar o tratamento punitivo das condutas incriminadas.

⁵⁹ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p.81.

⁶⁰ BATISTA, Nilo. Op. cit. p.83.

⁶¹ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p.83.

O Decreto nº 24.505 de 1934 manteve a mesma proposta política criminal médico-sanitarista e apenas alterou alguns dispositivos do Decreto nº 20.930 de 1932, como, por exemplo, o artigo 3º, onde foi determinado que as receitas que prescrevessem substâncias entorpecentes deviam ser grafadas em caracteres legíveis e lançadas num papel oficial.

Contudo, merece destaque neste diploma legal, pela enorme ampliação da incidência da tutela penal, a criminalização do consumo no mesmo patamar das outras condutas, com a aplicação da pena privativa de liberdade de 01 a 05 anos, por meio do seu artigo 33:

Art. 33 - Facilitar, instigar por atos ou palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem facilitar, instigar por atos ou palavras p uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no artigo 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação destas substancia (*grifo nosso*)⁶².

Este é um dos raros momentos da legislação penal de drogas do Brasil em que o usuário é criminalizado no mesmo patamar do traficante. Como veremos mais adiante, esta medida amplia os drásticos efeitos do sistema penal de drogas.

Já o Decreto nº 891/38, seguindo a mesma linha de seus antecessores, amplia a incidência de medidas médicas coercitivas, como, por exemplo, o artigo 28, que proibia o tratamento dos toxicômanos em domicílio, tornando ainda mais degradante e penoso a recuperação dos usuários de drogas. Além disso, foram previstas hipóteses de internação obrigatória (artigo 29), aplicáveis aos dependentes de álcool e de substâncias ilícitas “quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo ou quando for conveniente à ordem pública” (parágrafo 1º e 2º); quando houvesse a “*completa perturbação dos sentidos e de inteligência*”; quando a polícia se deparasse com “casos urgentes”. Tais hipóteses dependiam de requisição da autoridade policial ou do Ministério Público. Vale ressaltar, ainda, que na situação de “casos urgentes” o dependente deveria ser internado previamente, com fundamento em laudo de exame elaborado por dois médicos idôneos (parágrafo 4º do artigo 29)⁶³.

⁶² BATISTA, Nilo. Op. cit. P. 84.

⁶³ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 82.

Se o rol de hipóteses de internação obrigatória era extenso, como bem assinala Nilo Batista, e possuía a utilização de conceitos vagos, tais como, “casos urgentes” e “ordem pública”, esta última até hoje é objeto de maiores digressões doutrinárias e jurisprudenciais, a saída do toxicômano do local em que estava internado era dificultada, visto que dependia sempre de um atestado médico de cura, e caso houvesse requerimento voluntário do internado para sair do estabelecimento, deveria ser comunicado ao juiz pelo diretor do estabelecimento⁶⁴.

A medicalização que se buscava aplicar era tão rígida que, após a saída do usuário do estabelecimento médico em que estava internado, a autoridade sanitária deveria comunicar à polícia para que houvesse uma vigilância sobre o indivíduo, tornando-o, assim, altamente vulnerável ao sistema penal de drogas.

A partir da análise das medidas destes diversos Decretos podemos vislumbrar as razões da adoção da nomenclatura “modelo sanitaria de drogas”. A primeira, mas não determinante⁶⁵, é porque este sistema proibicionista enxerga o viciado como um doente, ao qual devem ser aplicadas medidas médicas, ainda que coercitivas. A segunda, e principal razão, deve-se ao fato da utilização de saberes e técnicas higienistas, “*para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias*”⁶⁶. O modelo sanitaria representava, portanto, uma extensão das idéias higienistas, muito comuns naquela época, principalmente no início do século XX. Inseridas neste contexto, podemos mencionar as medidas empregadas no Rio de Janeiro, sobretudo às classes baixas, no combate à febre amarela e varíola.

Sobre o efeito da adoção de uma modelo médico-sanitaria de drogas ilícitas, vale reproduzir as palavras de Rosa del Olmo:

O *discurso médico* (produto da difusão do *modelo médico-sanitário*), ao considerar o drogado comum “doente” e a droga como um “vírus”, uma “epidemia” ou uma “praga”, serve para criar o *estereótipo médico* (...), mais especificamente o *estereótipo da dependência*. O problema se concentra na *saúde pública*⁶⁷.

Em suma, o que resta evidente nos Decretos editados a partir de 1914 é uma preocupação com a (má)utilização de substâncias controladas que poderiam servir de

⁶⁴ Cf. Loc. cit.

⁶⁵ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 81

⁶⁶ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 81.

⁶⁷ OLMO, Rosa del. Op. cit. p.23.

ingredientes para fabricação de substâncias entorpecentes ou que por si só já eram entorpecentes. Como nos ensina Nilo Batista, naquele momento as drogas estavam nas farmácias “*ou nos stocks de uma indústria que apenas suspeitava de seu futuro sucesso comercial*”⁶⁸, e os “grandes traficantes” eram boticários, práticos, facultativos, fiéis de armazém e funcionários da alfândega, assim considerados porque abasteciam uma elite consumidora das drogas ilícitas.

Diante desta forte tendência punitiva que se instaurava nos anos 30 com a promulgação de diversos decretos concernentes às drogas ilícitas, o artigo 281 do Decreto-Lei nº 2848/40 (atual Código Penal) representou um marco, pois tentou codificar a matéria, ou seja, “*preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e aplicação da lei codificada*”⁶⁹.

O referido artigo possuía originalmente a seguinte redação:

Art. 281 Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Por esta redação percebemos que o consumo foi descriminalizado e alguns tipos foram cortados em relação ao Decreto nº 891 de 1938, fornecendo à matéria, pela primeira vez, uma disciplina mais equilibrada, muito porque a partir de agora a imputação do crimes deveria observar a sistematicidade do Código.

⁶⁸ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 81.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 12.

No entanto, após a revogação do referido artigo, o tratamento penal relativo às drogas ilícitas, e, conseqüentemente, a política criminal apenas retrocedeu, o que redundou na mudança do modelo penal de drogas.

Contudo, antes de passarmos à análise do modelo que sucedeu a idéia sanitaria de controle de drogas, deve ser destacado que a promulgação destes constantes Decretos representava o eco dos interesses internacionais sobre a regulamentação do tráfico ilícito de “entorpecentes”. Neste ponto, é interessante notar que a cada promulgação de um novo decreto, que incluía determinada conduta no rol de verbos incriminadores ou determinava alguma prática às agências estatais, correspondia à adesão do Brasil a alguma convenção internacional que estabelecia diretrizes aos países participantes. A título exemplificativo do reflexo das convenções internacionais na legislação interna podemos citar a Conferência de Genebra de 1925, a qual estabeleceu que os países subscritores deveriam revisar periodicamente suas leis e regulamentos (o que veio a ser implantado por meio do artigo 1º do Decreto nº 20.930 de 1932), e a Conferência de Genebra de 1936, regulamentada internamente por meio do Decreto nº 891/38, que trouxe diretrizes nas questões relativas à produção, ao tráfico, ao consumo e, sobretudo, em questões de extraterritorialidade (extradição e reincidência internacional), oriundas da repressão internacional ao tráfico de drogas.

4.2. Modelo bélico no combate às drogas

Não há um decreto ou lei pelo qual possamos identificar o início do modelo belicista de repressão às drogas ilícitas, o marco inaugural, segundo Nilo Batista, está no golpe de estado de 1964, que instaurou oficialmente um regime de exceção e determinou uma mudança radical na postura das agências inseridas na repressão às “substâncias entorpecentes”. Deste modo, para que possa ser melhor compreendido o novo modelo de drogas implementado é necessária uma análise do cenário político da época.

4.2.1 Cenário político: importação da Ideologia da Segurança Nacional

Os enormes investimentos estadunidenses na produção e tecnologia belicista durante a guerra fria acabaram por fornecer ao ramo militar um caráter industrial com interesses mercantilistas próprios, que dependia (e depende até hoje) da iminência de uma guerra para prosperar e obter lucro.

Devido a esta visão de mercado, que não se saciava com a produção de armamentos na militarização das relações internacionais, e a disputa pela incorporação dos países em blocos políticos (capitalismo e socialismo), os E.U.A. passou a fomentar e apoiar a instauração de regimes de exceção militarizados, sobretudo na América Latina. E lá se foi o Brasil, em 1964, através de uma conexão realizada por graúdos políticos de direita com o governo estadunidense, iniciar sua ditadura.

Segundo Nilo Batista⁷⁰, o instrumento teórico que transportou a lógica armamentista para o âmbito interno dos países incorporados pelo bloco dos E.U.A. e legitimou a instauração de regimes de exceção foi a doutrina da Segurança Nacional, difundida no Brasil por meio da Escola Superior de Guerra, criada em 1949, mas cuja idealização deu-se em 1948, quando:

o General Salvador César Obino, então Chefe do Estado-Maior Geral (antigo Estado-Maior das Forças Armadas - EMFA e hoje Ministério da Defesa), criado dois anos antes, em visita ao NATIONAL WAR COLLEGE, nos EUA, contou, de imediato, com o apoio dos norte-americanos, que se prontificaram de enviar uma missão militar para dar suporte à implantação da referida Escola⁷¹.

Como já vimos, com a disseminação da Ideologia da Segurança Nacional foi transferido da esfera dos delitos políticos do direito militar para o sistema penal comum o conceito de *inimigo interno*, “*o que possibilitava a perseguição de pessoas que se manifestavam contra o governo, por fatos que nada tinham a ver com a segurança do estado*”⁷².

⁷⁰Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 84.

⁷¹ Fonte: sítio oficial da Escola Superior de Guerra: <http://www.esg.br/esg.html#HISTÓRICO>.

⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A Nova lei de Segurança Nacional*, fonte: <http://www.fragoso.com.br>.

Para a caracterização do inimigo interno, o qual ganhava cada vez mais força com o aumento dos movimentos de contestação ao regime autoritário daquela época, a droga foi uma importante ferramenta, uma vez que sua utilização “*aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas*”⁷³. Este fator foi muito bem aproveitado pelo governo para propagandear que a generalização do contato do jovem com a droga fazia parte de uma estratégia do bloco comunista para destruir as bases da civilização cristã ocidental⁷⁴. Fator determinante para a credibilidade desta imaginária tese junto à população foi o aumento do consumo de drogas em espaços públicos, que acabou por aumentar também sua visibilidade, gerando o “pânico moral”⁷⁵ que deflagrou intensa produção legislativa em matéria penal. Deste modo, o que ocorreu foi a utilização política do combate às drogas para repressão dos movimentos revolucionários.

4.2.2 Legislações no modelo bélico: a neutralização de um inimigo

Diante deste cenário, a redação original do artigo 281 do Código Penal não era suficiente para criminalizar e controlar politicamente tudo aquilo que o governo desejava, já que em decorrência do princípio da legalidade estrita, a punição era exclusiva aos comerciantes de drogas, estando, portanto, os usuários (identificados com os manifestantes políticos) descarcerizados. Como solução imediata, o governo militar editou o Decreto-Lei nº 385 de 1968, que veio multiplicar, novamente, as hipóteses criminalizadoras:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I – importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito sob sua guarda matérias primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

II – faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

⁷³ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 15.

⁷⁴ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 86.

⁷⁵ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 15.

III traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (Matérias primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica) (*grifo nosso*).

Não obstante os drásticos efeitos oriundos da multiplicação dos verbos criminalizadores, a criminalização do consumo, com o mesmo *quantum* de pena do tráfico traz incomensuráveis efeitos nocivos, haja vista a gigantesca mudança ocasionada na política criminal, que passou a descarregar sobre o usuário todas as mazelas do sistema penal. Se a criminalização das drogas na pessoa do traficante já traz conseqüências nocivas sobre os consumidores, uma vez que a ocultação e clandestinidade do comércio de entorpecentes impede o acesso e a criação de estabelecimentos de assistência médica-sanitária, com a criminalização do uso essas conseqüências multiplicam-se e afetam ainda mais a saúde pública (a qual, relembremos, é o fundamento utilizado para a criminalização das drogas), pois gera o medo da prisão e afasta completamente o usuário de eventual auxílio estatal que possa precisar.

Salo de Carvalho, amparado por Ferrajoli, ao analisar os efeitos da criminalização das drogas, faz um paralelo com as conseqüências da criminalização do aborto:

o efeito principal da lei [penal] é levar os toxicodependentes a esconder sua condição, refutar o contato com aqueles que poderiam ajudá-lo, mas também denunciá-lo, e com os serviços de assistência pública, e, sobretudo, a integrar-se cada vez mais no mundo da droga por força de sua maior dependência do mercado ilegal.⁷⁶ Assim, se em relação ao aborto a criminalização produz imenso custos de vidas decorrente da inviabilização do acesso das mulheres ao sistema de saúde, em relação às drogas os danos são sensivelmente sentidos pelos dependentes em razão da inexistência de políticas adequadas de redução de danos causados pelo uso abusivo.⁷⁷

Outrossim, a criminalização do consumo constitui uma aberração jurídica sem proporções, pois há uma flagrante inobservância ao princípio da lesividade, que é basilar do Direito Penal. Neste ponto, Nilo Batista assevera que é proibida “*a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor*”⁷⁸, posto que “*à conduta*

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Proibizionismo e Diritto*, p. 138, 1998, Ed. Laterza, - *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 157.

⁷⁷ CARVALHO, Op. cit. p. 157.

⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal*, p.92, Ed. Revan, 2007.

*puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal*⁷⁹.

O absurdo político criminal e jurídico dogmático da criminalização do consumo foi mantido pelo legislador dos anos de chumbo porque os objetivos de controle político-social estavam sendo alcançados. Deste modo, no período mais agudo da ditadura, com o objetivo de recrudescer ainda mais o poder punitivo sobre os movimentos contestatórios, foi editada a Lei nº 5.726 de 1971, que “*redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes*”⁸⁰.

Este diploma legal “*transpôs para o campo penal as cores sombrias da Lei da Segurança Nacional*”⁸¹, tratando a droga como inimigo interno ao dispor em seu artigo 1º ser “*dever de toda a pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes*”, estabelecendo um dever geral de toda a sociedade.

Uma das sanções previstas aos que não colaborassem no combate às drogas era a perda do cargo do diretor da escola que deixasse de comunicar os casos de uso e tráfico de “entorpecentes” às autoridades sanitárias (artigo 7º, parágrafo único)⁸². Fica claro com esta sanção o objetivo de reprimir a juventude estudantil que se insurgia contra a ditadura.

Sobre o dever geral de toda a nação auxiliar no “combate às drogas”, em especial no meio estudantil, Vera Malaguti Batista nos mostra o caso da diretora de um colégio estadual que entregou à Polícia Federal cinquenta e quatro nomes de alunos suspeitos de estarem envolvidos com substâncias ilícitas. Aqui, vale transcrever o relatório do agente da polícia federal sobre este caso:

Depois de oportuna e proveitosa conferência no Colégio com relação a tóxicos, a pedido da diretora e assistida por centenas de pais e alunos, achei por bem alertar-lhes mais uma vez de como procederem a fim de alijar seus filhos as más companhias, que através dos tóxicos desejam degradar a nossa mocidade, principalmente estudantes e adolescentes, incutindo à juventude moralmente desorientada, em meio a inquietação social dos nossos dias, a pensar encontrar no uso dos tóxicos, um modo de se afirmar, de se projetar

⁷⁹ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 91.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 18.

⁸¹ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 88.

⁸² Artigo 7º: Os diretores dos estabelecimentos de ensino adotarão todas as medidas que forem necessárias à prevenção do tráfico e uso, no âmbito escolar, de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

ou e fugir, sabendo que o denominador comum do viciado é a vontade fraca e o débil caráter⁸³.

A Lei nº 5.726 de 1971, para além das sanções previstas aos casos de omissão no combate às drogas, teve o poder de “*converter qualquer opinião dissidente da política criminal repressiva numa espécie de cumplicidade moral com as drogas*”⁸⁴, numa cristalina tentativa de intimidar os poucos juristas que tinham a coragem de manifestar-se contra o autoritarismo.

Inobstante a Lei nº 5.726/71 não mais considerasse o dependente como criminoso, estabelecendo no artigo 9º⁸⁵ um procedimento especial aos drogaditos que praticassem os crimes previstos no artigo 281 e parágrafos do Código Penal, houve a manutenção da equiparação criminalizante entre o usuário e o traficante, aplicando a ambos a pena privativa de liberdade, que fora majorada para 01 a 06 anos. Ou seja, percebemos que este diploma legal, seguindo o mesmo caminho de seu antecessor legislativo imediato, visava aumentar a repressão política através da expansão do “combate às drogas”.

Outro enorme (des)avanço desta lei encontramos nas palavras de Acsehrad:

a lei nº 5.726, além de manter a equiparação entre comércio ilícito e uso pessoal, permitiu o oferecimento de denúncia sem o necessário laudo toxicológico que positiva a materialidade do delito, abrindo campo para o desrespeito às normas básicas de cidadania⁸⁶.

Ademais, o referido diploma legal, seguindo tendências internacionais, descodificou grande parte da matéria, no sentido oposto ao que representou o artigo 281 do Código Penal, dando início a um fenômeno, que se alastrou por toda a seara penal brasileira. O processo de descodificação da matéria penal pátria redundou na criação de uma gigantesca legislação extravagante, fazendo com que a lei, ao invés de ser uma importante ferramenta na contenção do poder punitivo, passasse a ser um instrumento de recrudescimento da punição. Neste ponto, Salo da Carvalho⁸⁷ nos ensina que a produção

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 91.

⁸⁴ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: Discursos Sediciosos, nº5/6, p. 77, 1998, Ed. Freitas Bastos.

⁸⁵ Artigo 9º: Os viciados em substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, que praticarem os crimes previstos no art. 281 e seus §§ do Código Penal, ficarão sujeitos às medidas de recuperação estabelecidas por esta lei.

⁸⁶ ACSELRAD, Gilberta. *Drogas e Cidadania*, in *Jornal do Brasil*, 26 de junho de 1996, - apud BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 87.

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 109.

de micro sistemas penais através do processo de descodificação, faz com que o sistema penal se transforme cada vez mais em sistema de controle administrativizado, e sempre menos penal, o que é altamente temerário, uma vez que estariam excluídos desta trama os princípios basilares do Direito Penal.

Sobre o fenômeno da descodificação, só nos resta transcrever as precisas palavras de Montovani:

(...) o Direito Penal, abandonando o ideal iluminista de leis “simples”, “claras” e “estáveis”, pela realidade de leis “complexas”, “confusas” e “instáveis”, ingressou na era irracional da descodificação e das legislações especiais: isto é, a era nebulosa das leis penais usadas como instrumento de governo e não como tutela de bens; das leis de compromisso, de formulação indeterminada e estimativa; das leis que garantem privilégios para potentes grupos sociais; das leis vazias, simbólicas, mágicas, destinadas tão-somente a colocar em cena a diligência na luta contra certas formas de criminalidade; das leis “hermafroditas” com forma de lei mas substância de ato administrativo; das leis cultivadoras do clientelismo, corporativas, para negociações do voto por privilégios particulares; das leis tecnicamente desalinhadas e ilógicas, inspiradas na “liberdade de expressão”, de cada vez mais árdua compreensão; das leis expediente, do casuísmo, para sobreviver diariamente e quase sempre mal; das leis “burocráticas”, meramente sancionadores de genéricos preceitos extra-penais⁸⁸.

O artigo 14⁸⁹ da Lei nº 5.726 de 1971 descodificou a matéria no que tange ao rito processual ao criar um procedimento sumário, colocando o tráfico de drogas ao lado dos crimes contra a segurança nacional, uma vez que ambos deveriam ter uma investigação com prazo de cinco dias (artigo 22⁹⁰).

Os efeitos drásticos desta lei sobre a juventude da época são expostos por Vera Malaguti, a qual constatou ter ocorrido um aumento na criminalização das drogas de 7% (sete por cento) em 1968 para 12% (doze por cento) em 1973⁹¹. Esta mesma autora nos alerta que nesse período *“a classe média entra não só no mundo das drogas como também é criminalizada dentro do espírito ‘anos de chumbo’ da época. (É nessa mesma*

⁸⁸ MONTOVANI, - *apud* Loc. cit.

⁸⁹ Artigo 14: o processo e julgamento dos crimes previstos no artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal reger-se-ão pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.

⁹⁰ Artigo 22: O caput do artigo 81 do Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 81. Tratando-se de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação sumária, que não poderá exceder o prazo de 5 (cinco) dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa”.

⁹¹ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 88.

conjuntura que a classe média experimenta a tortura)”⁹², o que comprova os objetivos políticos camuflados no “combate às drogas”.

Sobre a disseminação da idéia de inimigos internos e a truculenta perseguição aplicada a eles naquele momento, Zaffaroni afirma:

(...) a definição do *inimigo* destes regimes militares não se deteve nos integrantes dos grupos minoritários armados, que só serviram como pretexto, mas em alguns casos quase extinguiram fisicamente toda uma geração de lideranças reais e potenciais⁹³.

Deste modo, pela análise da Lei n° 5.726 de 1971, a conclusão que alcançamos alinha-se a Fragoso, o qual afirmou ser este diploma legal “*uma das leis mais repressivas que já tivemos introduzindo rito processual próprio para esta espécie de crime*”⁹⁴.

Por fim, é preciso ressaltar que apesar da Lei n° 5.726/71 manter o usuário criminalizado junto ao traficante, a retirada do viciado da incidência das normas incriminadoras demonstrou, como veremos mais a frente, o início de uma mudança⁹⁵ no modelo repressivo das drogas que se consolidará na Lei n° 6.368 de 1976 e atingirá o ápice com a Lei n° 11.343 de 2006. Esta mudança, nada mais é do que a dicotomização do tratamento penal de uso e tráfico de drogas ilícitas.

4.2.3 Mudança do inimigo a ser neutralizado

Com o advento da Lei n° 6.368 de 1976 algumas questões foram aprimoradas, como, por exemplo, os alunos que fossem pegos com “substâncias entorpecentes” não estavam mais sujeitos ao trancamento da matrícula. Além disso, o subsistema processual inaugurado pela Lei n° 5.726 foi melhor regulamentado, tornando o novo procedimento semelhante ao dos crimes que prevêm pena de detenção (art. 538 do CPP e s.s.)⁹⁶.

⁹² BATISTA, Vera Malaguti, Op. cit. p. 88.

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 50, 2007, Ed. Revan.

⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, vol. I p. 241, 1981, Forense.

⁹⁵ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 19.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 88.

Ademais, na Lei nº 6.368 de 1976 deve ser destacada a regulamentação através do Decreto nº 78.992 de 1976, o qual nos permite compreender melhor o “espírito” que se buscava implantar na repressão às drogas. No artigo 8º era proibida a divulgação, sem prévia autorização do órgão competente, ainda que a título de campanha de prevenção, de *“texto, cartaz, representação, curso, seminário, conferência ou propaganda sobre o uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ainda que a título de campanha de prevenção”*. A tentativa de controlar a divulgação do tema, bem como controlar qualquer manifestação pública contrária ao sistema proibicionista implantado fica ainda mais evidente no cuidadosamente elaborado artigo 9º, o qual determinava:

As autoridades de censura fiscalizarão rigorosamente os espetáculos públicos, a fim de evitar representações, cenas ou situações que possam, ainda que veladamente, suscitar interesse pelo uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988 os artigos 8º e 9º acima mencionados foram revogados⁹⁷ pelo inciso IX, artigo 5º, uma vez que tornou-se garantia constitucional a liberdade de expressão da *“atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.

Contudo, apesar da Lei nº 6.368 de 1976 e o Decreto regulamentador nº 78.992 não estarem mais vigentes e a garantia da liberdade de expressão ser prevista em sede constitucional, alguns promotores públicos, numa atuação a altura dos mais rigorosos regimes ditatoriais da América Latina no século passado, olvidando-se de sua função constitucional, têm buscado impedir a realização de manifestações públicas em favor da descriminalização das drogas, com base nas seguintes premissas:

Ademais, se querem discutir a legalidade do uso da maconha, que tal discussão ocorra nas Universidades, nas dependências das Casas legislativas, não em praça pública, ao sabor de “morrões” acesos, numa atitude ilícita em que envergonha os nossos antepassados e nossos filhos.

(...)

Assim sendo, considerando que os autores do site já referido querem promover um grande ato de indução e instigação ao uso indevido de droga frente a uma numerosa parcela da sociedade pessoense, o que provoca graves transtornos aos princípios éticos e morais da sociedade Paraíba, bem como, sério ferimento à ordem jurídica, socorre-se o Ministério Público, em defesa da comuna, da lei e dos princípios que norteiam o ser humano bom, da ação cautelar inominada, que tem aceitação jurisprudencial, haja vista a urgência que o caso requer, o perigo de danos incalculáveis aos interesses

⁹⁷ Loc. cit.

sociais e à ordem jurídica na demora da prestação jurisdicional e a existência do bom direito⁹⁸.

Quanto ao dever geral da nação em colaborar na repressão às drogas ilícitas a Lei nº 6.368 de 1976 apenas eufemisticou a palavra combate por prevenção e repressão, estabelecendo, assim, *ser dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica* (artigo 1º) – grifo nosso. Essa suavização verbal ilustra bem a mudança no cenário político, uma vez que o grupo militar conhecido como “linha-dura” dera lugar ao grupo de “Sorbonne”, que tinha como integrante o então Presidente Ernesto Geisel. A busca pela abertura política “lenta, gradual e segura” reduzira a intensidade aniquiladora da repressão aos movimentos reivindicatórios, permitindo uma maior liberdade das manifestações nos planos político e acadêmico. A busca pela eliminação do inimigo (comunista) não havia acabado, mas reduzira sua intensidade sanguinária.

Neste cenário, onde não era mais necessária uma feroz perseguição política por meio da criminalização do usuário de drogas, a Lei nº 6.368 de 1976, em relação à Lei nº 5.726 de 1971 (a qual, relembremos, não criminalizava o viciado, mas equiparava o usuário ao traficante), dá um passo bem mais largo na dicotomização da matéria ao reduzir a pena para detenção de 06 meses a 02 anos (artigo 16⁹⁹) à conduta de posse de “substância entorpecente” para uso próprio, e em relação ao tráfico de drogas ilícitas aumentar a pena privativa de liberdade de 01 a 06 anos para 03 a 15 anos (artigo 12¹⁰⁰), deixando escancarada a forma neutralizadora com que pretendia-se responder ao traficante de drogas.

Cabem aqui maiores indagações. Se a partir de 1964 o motivo do enrijecimento da repressão ao tráfico e uso de drogas foi reprimir e aniquilar, mediante a criminalização do uso, determinados movimentos políticos revolucionários, por que

⁹⁸ Ação ajuizada pelo Ministério Público para impedir a realização da “marcha da maconha” na cidade de João Pessoa/PB. Fonte: <http://www.virgulino.com/admin/modules/noticia/?id=42134>, acessado em 29 de maio de 2008, às 13:00 horas.

⁹⁹ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

¹⁰⁰ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

num momento de enfraquecimento da repressão ditatorial, inclusive com a redução da pena aplicada ao usuário, há um recrudescimento tão grande na resposta ao traficante? Qual o motivo deste antagonismo nas reformas penais?

A insubstituível Rosa Del Olmo nos elucida com esta questão ao discorrer sobre a década de setenta. A autora venezuelana nos ensina que apesar da manipulação ideológica sobre a questão das drogas ser utilizada como um mecanismo para taxar o *inimigo* (comunista), na década de setenta há um grande aumento no consumo de heroína nos Estados Unidos da América, fato que levou o então presidente Nixon a afirmar que aquela drogas era “*o primeiro inimigo público não-econômico*”¹⁰¹, tornando a droga e o seu comerciante ontologicamente em *inimigos* a serem combatidos, ou, nos termos da Lei nº 6.368/76, prevenido e reprimido. A partir da década de setenta, portanto, o próprio governo estadunidense começa a acreditar no pesadelo que havia criado.

O novo estereótipo do *inimigo* a ser combatido por meio da guerra às drogas molda-se ao que Rosa del Olmo chama de *estereótipo político-criminoso*, que seria:

(...)o estereótipo criminoso, presente desde que existem legislações sobre drogas; mas que na atualidade se converteu em estereótipo político-criminoso, ao recorrer ao discurso político para legitimar-se como discurso jurídico (produto da difusão do modelo geopolítica). A droga é vista como “inimiga”, e o traficante – objeto central de interesse deste discurso – como “invasor”, “conquistador”, ou mais especificamente como “narcoterrorista” e “narcoguerrilheiro, apesar de o traficante poder muito bem ser não um indivíduo, mas um país”¹⁰².

Não demorou muito para que os E.U.A. tentasse passar esta nova esquizofrenia no combate às drogas para a América Latina, fato que fora facilitado pelas complacentes ditaduras aqui existentes. Por isso, “*com Nixon começa a se exportar a aplicação da lei em matéria de drogas, isto é, a legitimar o discurso jurídico-político e o estereótipo político-criminoso da droga além das fronteiras dos Estados Unidos*”¹⁰³.

É preciso mencionar que a modificação do inimigo a ser neutralizado (sai o comunista e entra o traficante de drogas) não foi instantânea, passou por uma (in)evolução que englobou os poderes legislativo, executivo e judiciário, os meios de comunicação massa, e foi definitivamente consolidado, no Brasil, com a transição para a

¹⁰¹ OLMO, Rosa del. Op. cit. p. 39.

¹⁰² Loc. cit.

¹⁰³ Loc. cit.

democracia, quando a Carta Política de 5 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, classificou o tráfico de drogas como crime hediondo (XLIII, artigo 5º).

Neste sentido, assevera Vera Malaguti Batista que “*na transição do autoritarismo, da ditadura para a abertura democrática (1978-1988) houve uma transferência do inimigo interno do terrorista para o traficante*”¹⁰⁴, pois “o ‘mito da droga’ se estabelece nesse período de transição da ditadura”¹⁰⁵.

Sobre a transformação, operada durante a transição democrática latino-americana, do traficante de drogas, por si só, como *inimigo*, vale transcrever as precisas palavras de Zaffaroni:

A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estritamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (narcoguerrilha) etc. **À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a guerra contra a droga**¹⁰⁶ (grifo nosso).

Os efeitos desta nova escolha foram trágicos na América Latina e, sobretudo, em nosso país. Este novo estereótipo direciona todo o repressivismo beligerante do modelo de drogas às camadas carentes, que são obrigadas a viver num Estado de exceção permanente, como bem assinala Vera Malaguti:

Todo o sistema de controle social (incluindo aí suas instituições ideológicas, como meios de comunicação de massa) convergiu para a confecção do novo estereótipo. O inimigo, antes circunscrito a um pequeno grupo, se multiplicou nos bairros pobres, na figura do jovem traficante¹⁰⁷.

4.2.4 Cinzenta distinção das condutas: potencialização da seletividade

¹⁰⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 40.

¹⁰⁵ Loc. cit.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 51.

¹⁰⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 40.

Todo o preconceito aplicado mediante o novo estereótipo foi potencializado por um grave problema da Lei nº 6.368 de 1976, mas que havia sido esquecido no diploma legal anterior porque era previsto o mesmo tratamento penal às condutas de uso e tráfico.

Este grave problema, que aprofundaremos na análise da atual Lei nº 11.343 de 2006, consistiu: a-) no fato de alguns verbos nucleares, quais sejam, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, estarem (e continuarem) presentes tanto no tipo de uso quanto no tipo de tráfico de drogas e b-) na ausência de critérios objetivos claros que permitissem uma distinção jurídico-dogmática entre o que constitui o tráfico de drogas ilícitas e o que constitui o porte para uso próprio.

Diante da discrepância nas respostas penais era intolerável a ausência de critérios na Lei nº 6.368/76 que reduzissem a incerteza na tipificação das condutas, uma vez que a tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo¹⁰⁸, foi a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes no tipo de tráfico. Deste modo, com a própria lei abrindo as portas à incerteza na tipificação, a seletividade, inerente ao sistema penal, foi multiplicada de forma avassaladora na questão das drogas ilícitas, o que fez com que toda a carga repressiva do delito de tráfico da Lei nº 6.368/76 recaísse sobre as camadas pobres.

Não há nada há melhor para ilustrar esta (mega)seletividade implantada com esta lei do que o relato de Orlando Zacccone, Delegado de Polícia Civil no Estado do Rio de Janeiro:

Outra grande constatação ocorreu quando da minha transferência como delegado adjunto da 41ª DP (Jacarepaguá) para a 16ª DP (Barra da Tijuca). Em Jacarepaguá, responsável pela circunscrição que inclui comunidades como a da Cidade de Deus e a do Morro do São José Operário, a cada plantão realizava, no mínimo, um flagrante de tráfico com diversas apreensões de drogas e armas pelo Batalhão da Polícia Militar. Ao contrário, em quase um ano como delegado de plantão na Barra da Tijuca, só lavrei um flagrante de tráfico que resultou na prisão de uma senhora de quase 60 anos

¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 189.

¹⁰⁹ Fonte ISP – Instituto de Segurança Pública, *apud* ZACCONE, Orlando, *Acionistas do nada. Quem são os traficantes de drogas*. p. 13, Ed. Revan, 2007.

Este depoimento é comprovado estatisticamente pelas seguintes tabelas¹¹⁰ referentes ao número de flagrantes por tráfico de drogas registrado no ano de 2005 em duas regiões socialmente distintas:

Delegacia (Área)	Flagrantes/ tráfico
34ª DP (Bangu)	186
36ª (Santa Cruz)	89
21ª (Bonsucesso)	83
32ª DP (Jacarepaguá)	73
62ª DP (Imbariê)	67
17ª DP (São Cristóvão)	63
Total	561

Delegacia (Área)	Flagrantes/ tráfico
Zona Sul	
15ª DP (Gávea)	17
10ª (Botafogo)	15
12ª (Copacabana)	14
14ª DP (Leblon)	9
13ª DP (Ipanema)	5
16ª DP (Barra da Tijuca)	3
Total	63

Por tudo isso, a Lei nº 6.368 de 1976 representou um marco, uma vez que à época de sua edição não era mais necessária a equiparação do usuário ao comerciante de drogas como ferramenta de perseguição de grupos políticos contra o golpe de Estado, mas a exacerbada majoração na pena privativa de liberdade da conduta de tráfico demonstrou que a droga deixou de ser uma ferramenta coadjuvante para ser tornar por si só um eixo protagonista de punição¹¹¹. Esse distanciamento no tratamento despendido ao traficante e ao usuário criou um ciclo vicioso na sociedade, pois à medida que o sistema atua seletivamente sobre as camadas pobres, mais é caricaturizada e identificada a figura do traficante com esta população. Com este diploma legal, portanto, foi consolidada a ideologia da diferenciação, que estava em fase de proveta na Lei nº 5.726/71.

5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.343/2006

¹¹⁰ ZACCONE, Orlando. Op. cit. p. 14.

¹¹¹ Cf. BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 91.

5.1 Síntese Evolutiva

Com o fim da ditadura brasileira, a necessidade de reforma integral da lei de drogas de 1976 foi alvo de diversos debates no Congresso Nacional. Os inúmeros projetos de lei em trâmite “*pendiam da crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos com medidas despenalizadoras e descriminalizantes, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade*”¹¹².

Dentre os diversos projetos, o principal texto em discussão foi o chamado projeto Murad, fruto da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico, que demarcou a escolha pela política de enrijecimento “*do sistema de controle das teias de comércio, estabelecendo novas categorias de delitos, sobretudo daquelas condutas associadas às organizações criminosas e suas políticas de financiamento*”¹¹³.

Diante das inúmeras propostas legislativas, algumas concepções do projeto Murad foram alteradas, fazendo nascer a Lei nº 10.409 de 2002, que manteve o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal, mas optou pelo rito e pelas alternativas descarcerizadoras estabelecidas na lei que regula o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099 de 1995). No que tange ao tráfico de drogas, a Lei nº 10.409/02 manteve as figuras típicas, a quantidade e espécie de pena do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 e acrescentou novos tipos referentes à incriminação autônoma do agente financiador de grupo ou associação destinada ao tráfico.

Contudo, esta norma, após ser aprovada no âmbito legislativo, recebeu veto da Presidência na íntegra dos capítulos referentes aos delitos e às penas, entrando em vigor, apenas, a matéria processual. Com isso, o sistema penal de drogas passou a ser conjugado pela Lei nº 10.409/02, que regulava os aspectos processuais, e pela Lei nº 6.368/76, que continuou a regular a estrutura material na parte dos delitos e das penas. A Lei nº 11.343/06 veio, então, para reunificar a matéria penal e processual penal num mesmo diploma legal.

¹¹² CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 61.

¹¹³ Loc. cit.

Deste modo, apesar da inadequação histórica da Lei nº 6.368/76, a reforma legislativa perpetrada por meio da Lei nº 11.343/06 manteve e reforçou o sistema proibicionista do diploma legal promulgado na ditadura, em detrimento de projetos político-criminais alternativos.

Importante ressaltar que a reforma brasileira na lei drogas, assim como ocorre em toda a América Latina, seguiu, novamente, os passos coordenados pelo governo dos E.U.A., o qual fomenta a aplicação de medidas repressivas belicistas. Apesar do já histórico fracasso da política criminal empregada, as autoridades públicas insistem na necessidade do alinhamento aos E.U.A. e propõem sempre “*doses mais fortes do mesmo remédio*”¹¹⁴.

Apenas para que fique ilustrada e comprovada essa influência estadunidense nos dias atuais, podemos citar o memorando assinado pelo Presidente George W. Bush: “*Apoio de Assistência ao Combate às Drogas do Governo Americano ao Governo Brasileiro*” certificando o Decreto nº 5.144/04, que regulamentou os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Um dos trechos do memorando é o seguinte:

(1)interdição de aeronave com razoável suspeita de estar efetivamente envolvida no tráfico ilícito de drogas no espaço aéreo desse País é necessária em razão da extraordinária ameaça posta pelo tráfico ilícito de drogas à segurança nacional desse País e (2) esse País estabeleceu procedimentos aprimorados para proteger contra a perda de vidas de inocentes no espaço aéreo e terrestre em relação a tal interdição, a s quais, no mínimo, incluem meios efetivos para identificar e alertar uma aeronave antes de uso da força conta a mesma¹¹⁵.

5.2 Aumento do abismo entre as respostas penais

Com a vigente Lei nº 11.343 de 2006 foi consolidada mais ainda a ideologia da diferenciação, ou seja, houve o incremento da repressão à comercialização e ao financiamento de organizações voltadas ao tráfico, inclusive, com o aumento das figuras

¹¹⁴ ROLIM, Marcos. *A síndrome da Rainha Vermelha*, p. 174, 2006, Ed. Jorge Zahar, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 72.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 68.

típicas, e ao uso foram adotadas medidas descarcerizadoras com intervenções psiquiátrico-terapêuticas.

Deste modo, enquanto na Lei nº 6.368 de 1976 havia nítida sobreposição do discurso jurídico-político em relação ao médico-jurídico, em virtude da repressão exacerbada ao traficante e a suavização da resposta penal ao usuário, que apesar de posteriormente ser da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) ainda assim previa uma pena privativa de liberdade, na Lei nº 11.343 de 2006 os tratamentos penais se nivelam mediante a criação de dois estatutos penais autônomos¹¹⁶; ao tráfico o aumento da pena privativa de liberdade (artigo 33¹¹⁷), com uma pena mínima que obsta qualquer benefício processual, e ao usuário a patologização mediante a previsão de medidas descarcerizadoras (artigo 28¹¹⁸).

Diante do aumento do abismo entre as respostas penais às condutas relacionadas às drogas ilícitas torna-se mais importante o estudo abordado anteriormente da distinção jurídica entre as condutas tráfico e uso. É preciso esclarecer que o assunto tratado neste ponto não visa criar um “modelo penal ideal de drogas”, uma vez que já resta sobejamente demonstrado ao longo deste trabalho que não deveria existir modelo penal de drogas. Entretanto, dentro da vigência da atual lei cabe aos operadores do direito a criação de mecanismos de redução da trágica incidência da norma penal.

São urgentes mudanças neste campo, uma vez que a cristalina seletividade do atual sistema penal de drogas (conforme já demonstrado na tabela de página) nem mais é camuflada pelas autoridades públicas, como se pode observar pela frase do Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro ao comentar as “incursões” da polícia às favelas cariocas: *“Um tiro em Copacabana é uma coisa; um tiro na Coréia, um tiro no Complexo do Alemão, é outra. E aí?”*¹¹⁹.

¹¹⁶Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.

¹¹⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

¹¹⁸ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

¹¹⁹ A autoria da frase pertence ao Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio>; acessado em 30/10/2007.

5.3 Necessidade do dolo de mercancia ser o principal elemento diferenciador

Pela simples leitura dos artigos 28 e 33 da atual lei de drogas percebemos, assim como ocorria nos antigos artigos 12 e 16 da Lei nº 6.368 de 1976, que existe entre os verbos nucleares plena correspondência (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo). O diferencial na tipificação das condutas reside no elemento subjetivo do tipo.

É preciso destacar na análise do atual diploma legal de drogas que não há entre os artigos 28 e 33 (uso e tráfico) tipos penais e penas privativas de liberdade intermediários. Com isso, como já foi dito, para além dos trágicos efeitos de uma sanção encarceradora tão alta prevista ao tráfico de entorpecentes, verifica-se entre as respostas penais a existência de uma “*zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo*”¹²⁰, é de tipificar a conduta do acusado no artigo 33 (tráfico de drogas).

Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência que enveredaram sobre a antiga Lei nº 6.368 de 1976, estabeleceram como forma de distinção das condutas a verificação do dolo de uso da substância ilícita. Com isso, para que a conduta fosse tipificada no artigo 16, o dolo não pressupunha apenas o conhecimento de que a substância adquirida, guardada, depositada, transportada ou trazida fosse droga, idônea e capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar – em caso contrário ocorreria erro de tipo –, mas também a vontade específica e o particular fim de agir de uso próprio, uma vez que o próprio tipo trazia a intencionalidade da ação. No que tange ao artigo 12 da Lei nº 6.368 de 1976, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que, uma vez não previsto no tipo de tráfico a intencionalidade da ação para estar configurado o delito, não seria necessário o dolo específico de mercancia para a tipificação do crime, bastaria, portanto, um dolo genérico¹²¹.

¹²⁰ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 189

¹²¹ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 189.

Diante disto, fica a cargo da defesa¹²², para fazer incidir o menos danoso artigo 28, comprovar que o dolo do acusado é para uso próprio da substância ilícita apreendida. Já a acusação, por esta linha, basta demonstrar que o acusado possuía conhecimento de que a substância adquirida, guardada, depositada, transportada ou trazida é droga idônea e capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma vez que para estar configurado o tráfico basta a comprovação do dolo genérico. Tudo isso, relembremos, operado em cima do estereótipo do traficante e da seletividade penal.

É evidente, neste consenso dogmático e jurisprudencial, a contrariedade à Constituição da República pela inversão do ônus da prova, criando “*zona de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa*”¹²³ e diversas condutas dúbias acabam sendo punidas como tráfico de drogas recebendo um rigoroso tratamento penal.

É neste ponto, averiguação do dolo específico das condutas relacionadas às drogas ilícitas, que Salo de Carvalho desafia a doutrina e jurisprudência majoritárias, numa clara tentativa de reduzir os danos da atual política criminal de drogas brasileira. Apesar da manutenção desta nebulosa estrutura normativa na Lei nº 11.343/06, a expedição de um novo estatuto legal é uma ótima oportunidade de questionamento do pensamento dominante.

O brilhante autor gaúcho propõe como solução que aquelas condutas incriminadas tanto no artigo 28 quanto no artigo 33, quais sejam, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, tenham, para a tipificação no artigo 33 (tráfico de drogas), a comprovação, pela acusação, do dolo específico de mercancia, exatamente em sentido contrário à doutrina e jurisprudência majoritárias. Assim, caberia ao Ministério Público, para evitar a inversão do ônus da prova, comprovar que a conduta do acusado era voltada ao tráfico de entorpecentes.

Este simples mudança reduzirá sensivelmente os danos oriundos da classificação das condutas incriminadas pela Lei nº 11.343/06, pois é uma barreira à imputação no delito de tráfico de drogas em função do *estereótipo político criminoso*, contribuindo para a desmistificação da existência de um inimigo a ser combatido

¹²² Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 189.

¹²³ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 201.

Uma paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça, ainda quando da vigência da Lei nº 6.368/76, nos mostra que esta importante mudança no entendimento doutrinário-jurisprudencial pode ser alcançada:

Se o acórdão reconheceu a inexistência de indício de prova de destinação comercial da maconha apreendida na residência do réu e, por isso, desclassificou o delito de tráfico para o de uso, conferiu ao tema interpretação razoável, insuscetível de revisão em sede de recurso especial, onde não tem espaço para reexame de provas.

(...)

Sustenta o recorrente que a lei não exige a comprovação da mercancia da droga, bastando para a configuração do delito o ato de adquirir ou guardar a substância.

O tema, todavia, não se exaure de modo tão simples e exige uma compreensão sistemática da lei regente.

É certo que o tipo complexo do art. 12 da Lei 6.368/76 contempla, dentre as diversas condutas criminosas, o ato de guardar ou ter em depósito substância entorpecente.

Todavia, o mesmo diploma legal, em seu art. 16, prevê como crime de menor gravame o ato de guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a referida substância, causadora de dependência física ou psíquica.

Assim, ambas as condutas em sua expressão vernácula, configuram crimes diferentes. No crime previsto no art. 12, o ato de guardar tem por finalidade o fornecimento da droga a terceiros, ao passo que, no tipo do art. 16, guarda-se para consumo próprio.

Assim, pela interpretação sistemática da Lei 6.368/76, não se pode compreender o tipo guardar substância entorpecente sem que se investigue a destinação da conduta.

Tribunal *a que*, em face do quadro fático, entendeu como não demonstrado o crime do art. 12 da lei de Tóxicos, desclassificando-o para o tipo inscrito no art. 16, ambos da referida lei. Acentuou o Tribunal que inexistia nos autos ‘prova da destinação da substância entorpecente para traficância’ verberando, noutra passagem, que ‘não se fez uma prova sequer; de que ele houvesse comercializado a erva com terceiros’¹²⁴.

5.4 Absolutização dos critérios objetivos

A dificuldade na classificação das condutas criminalizadas na lei de drogas não se resume apenas à averiguação do elemento subjetivo. Uma importante análise crítica deve ser feita ao parágrafo 2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343 de 2006, em tudo

¹²⁴ Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 115.660, Rel. Vicente Leal, RT 747/637 -, *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 201.

semelhante ao artigo 37¹²⁵ da revogada Lei nº 6.368 de 1976, que elenca critérios objetivos para auxiliar na classificação das condutas:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

À época da vigência do artigo 37 da Lei nº 6.368 de 1976, o critério mais utilizado pela doutrina e jurisprudência foi a quantidade de drogas apreendida¹²⁶. Os demais critérios, como o histórico de dependência, os antecedentes criminais e a forma de acondicionamento do produto ficavam em segundo plano.

Pela simples leitura destes dois dispositivos (parágrafo 2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e artigo 37 da Lei nº 6.368/76) percebe-se que a verificação destes critérios dependerá do trabalho realizado pela polícia judiciária, tanto é assim que o inciso I do artigo 52 da atual Lei de drogas, seguindo a mesma linha do parágrafo único¹²⁷, do artigo 37, da Lei nº 6.368/76, estabelece que:

Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:
I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

É óbvio que o trabalho de flagrância exercido pela polícia não deve vincular a opinião posterior do *parquet* e do magistrado. Contudo, Salo de Carvalho nos adverte que durante a vigência da Lei nº 6.368/76 viu-se a aplicação acrítica do artigo 37, gerando um sistema penal de drogas baseado na responsabilidade penal objetiva por causa do enclausuramento do juiz e do Ministério Público pela predefinição realizada no inquérito policial¹²⁸.

¹²⁵ Art. 37. Para efeito de caracterização dos crimes definidos, nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

¹²⁶ Cf. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 201.

¹²⁷ “a autoridade deverá justificar em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando, concretamente, as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz”.

¹²⁸ CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 204.

Deste modo, a interpretação jurisprudencial e de grande parte da doutrina destes critérios objetivos contraria a “*lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito*”¹²⁹, porque absolutizam as sugestões elencadas pela lei, ao ponto de determinar o elemento subjetivo do tipo. Isso ocorre porque a partir dos critérios objetivos molda-se uma situação fática que, analisada com base nos preconceitos fundados da *every day theory* do tráfico de drogas, cortina o aspecto mais importante da tipicidade, qual seja, o dolo de mercancia. Portanto, tais critérios devem ser usados de forma subsidiária na tipificação das condutas, “*mas nunca como fundamentado tarifado de juízos ou decisões, isto é, de forma alguma podem ploriferar-se como standards motivacionais*”¹³⁰.

Por tudo isso, o Ministério Público, para fundamentar sua tese acusatória, deve avaliar na conduta do agente a vontade, previsibilidade, representação e à consciência da prática do ato ilícito. Caso não reste claramente demonstrado o elemento subjetivo da conduta de tráfico de drogas a conduta deverá ser desclassificada para o uso, mesmo que eventual análise dos critérios objetivos elencados pela lei indiquem o contrário.

Outrossim, a relevância que adquiriram os critérios objetivos do § 2º, artigo 28, da Lei nº 6.368/76 fomenta a instauração de um Estado policaiesco. Fornecer demasiada importância ao trabalho da polícia, cuja atuação é realizada sem a possibilidade de um rígido controle e fiscalização do respeito às garantias fundamentais, significa capilarizar o poder punitivo.

5.5 Apontamentos finais na Lei nº 11.343 de 2006

Feitas essas considerações sobre a atual Lei nº 11.343/06, o que se percebemos é que foi criado um gigante repressor totalizador, que impede qualquer mecanismo de defesa ao prever tantos verbos criminalizadores, que possui trações claramente inconstitucionais, e veio para consolidar a neutralização do maior *inimigo* do sistema penal brasileiro, o traficante de drogas.

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 204.

¹³⁰ CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 205.

Deste modo, a Lei nº 11.343/06, mantendo a obsoleta distinção de condutas da Lei nº 6.368/76, deixou de lado possibilidades de descriminalização e de redução da incidência penal ao não prever respostas penais distintas para condutas que afetam bens jurídicos diversos, como, por exemplo, a distinção entre comércio atacado e varejista, o reconhecimento de figuras específicas como comércio de subsistência, o consumo e o fornecimento compartilhados. Todas essas especificidades, se previstas em lei, ao menos reduziram os danos oriundos do modelo de drogas aplicado.

Os atuais operadores do direito têm como principal ferramenta para realizar essas mudanças a Constituição da República, o que é uma vantagem em relação às construções doutrinárias e jurisprudenciais realizadas em cima da Lei nº 6.368/76, que não tiveram como parâmetro garantias e direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Para isso, no entanto, é fundamental que não se faça quilo que Barroso chama de interpretação retrospectiva¹³¹, que é interpretar um novo diploma legal sem desprender-se da interpretação e dos vícios realizadas em seus antecessores legais.

6 A ETERNA EXISTÊNCIA DE UM *INIMIGO* NO DIREITO PENAL

¹³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 136, 2003, Ed. Saraiva.

6.1 Oficialização das funções declaradas e Estado de exceção “necessário”

Pela análise da (in)evolução da legislação de drogas exposta é nítido perceber que foi moldada uma política criminal fundada na ideologia da diferenciação (traficante e usuário) com o mais alto grau de proibicionismo e repressivismo beligerante, gerando um sistema penal irracional.

É certo afirmar que os efeitos da criminalização das condutas relacionadas às drogas ilícitas são mais drásticos e do que o próprio impacto causado pelo (ab)uso das substâncias entorpecentes, mesmo levando-se em conta que o excessivo proibicionismo acaba por potencializar os danos na saúde pública, uma vez que dificulta, pelo temor da sanção criminal, o acesso e a criação de órgãos públicos voltados à redução de danos (distribuição de seringas, orientações sobre o uso e os efeitos de cada substâncias e etc.) para aqueles que necessitam de assistência médica-social.

Deste modo, a atual política criminal de drogas corrobora com a tese de que Ferrajoli expõe brilhantemente:

(...) a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos¹³².

Esta idéia aplica-se com perfeita exatidão ao sistema penal de drogas, porque: a-) os eventuais efeitos dos “delitos das drogas”, ignorado todo cenário demoníaco criado na pessoa do traficante, afetam o usuário, que ao utilizar a substância ilícita, traz lesões apenas e tão somente no âmbito de sua pessoa e b-) as conseqüências da atual política criminal de drogas são incomensuráveis, iniciam no desincentivo do usuário a buscar órgãos de assistência médica, passam pela a criação de um subsistema penal e processual penal que possuem, do procedimento policial até a fase de execução da pena,

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 382, - *apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 76.

traços flagrantemente inconstitucionais, e culminam na oficialização do terrorismo de Estado mediante práticas genocidas aplicadas às camadas pobres.

Ademais, deve ser considerado na contabilização dos efeitos do modelo brasileiro de drogas implementado, assim como ocorre com toda e qualquer legislação penal, que o discurso liberal, oriundo da universalização dos direitos humanos alcançada na revolução burguesa, que “vende” um direito penal pautado pela legalidade e igualdade, cuja função é tutelar os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, representa as funções declaradas e propagandeadas, mas não condiz com a realidade porque a *“beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real)”*¹³³. Isto porque, é inerente ao sistema penal a dicotomia entre o discurso e prática, buscar “soluções” para a existência somente das funções declaradas é insistir no mesmo erro e crer no mesmo sonho de realização de fins por meio do direito penal.

Neste sentido, Tobias Barreto assevera brilhantemente: *“quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”*¹³⁴. Ou seja, quando uma lei ou modelo penal forem analisados, deve-se considerar, além do aspecto teórico, um estudo crítico de como funciona sua prática.

Todavia, é alarmante, e neste ponto a Lei nº 11.343 de 2006 serve como exemplo, *“quando as funções reais (genocidas) passam a ser defendidas como base de novos discursos oficiais (funções declaradas), pois a transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo”*¹³⁵ cria *“uma política de permanente genocídio e violação aos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis”*¹³⁶.

As propostas político criminais que oficializam as reais funções exercidas pelo direito penal são facilmente operadas mediante a instauração de um período de exceção, no qual se torna normal e necessário *“o deslocamento de medidas provisórias e excepcionais para técnicas de administração pública”*. Neste ponto, Salo de Carvalho sustenta, escorado na tese central de Giorgio Agamben, que:

os atuais estados de exceção se colocam em zona de anomia, em espaços vazios de direito em que as determinações jurídicas são desativadas” com

¹³³ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 76.

¹³⁴ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de punir*, p. 650, - apud CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 84.

¹³⁵ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 77.

¹³⁶ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 135.

isso “os direito estariam suspensos (vigência sem aplicação) e submetidos a forças que transformariam o sistema jurídico-político em máquina letal”¹³⁷.

Importa destacar que uma das características do Estado de exceção é a “*tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a idéia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos*”¹³⁸. Inseto neste contexto, o Poder Judiciário deixa de ser o principal garantidor dos direitos fundamentais para integrar a execução de um Estado de emergências.

Para exemplificar este quadro no Judiciário brasileiro valemo-nos da opinião de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça sobre o tráfico de drogas:

A participação dos denunciados em delito grave, ou seja, a associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, que é o grande responsável pela escalada sem medida da violência na sociedade, assombra a população em geral, **demandando resposta enérgica dos poderes constituídos, notadamente do Judiciário**, para combate efetivo à guerra civil não declarada que é causada pelos integrantes do narcotráfico e, também, como forma de proteção da ordem pública e da paz social¹³⁹ (grifo nosso).

Para a fundamentação em diversos planos da sociedade de um Estado de exceção é necessária a existência (forjada) de um *inimigo*, uma vez que se para parcela da sociedade o cerceamento de alguns direitos justifica-se na busca pela segurança, a aceitação é ainda mais pacífica e acrítica quando os “*direitos e garantias a suprimir integram o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém (não ser)*”¹⁴⁰.

Tem sido tão rotineira a idealização de um *não ser*, comprovando, assim, sua eficácia para a legitimação do cerceamento de garantias fundamentais, que “*a criação de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico)*”¹⁴¹ para neutralizá-lo, “*tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos*”¹⁴².

¹³⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 85.

¹³⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 84.

¹³⁹ Min. Félix Fischer – Fonte: Notícias do STF, publicado no sítio: <http://www.stf.gov.br>, em 09 de maio de 2008 (sítio:<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88590>)

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 83.

¹⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13, *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 84.

¹⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13, *apud*. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 84.

Na América Latina, ante a impossibilidade da idealização do “terrorista” e dos imigrantes como *inimigos*, tal como ocorre na Europa e nos E.U.A., a escolha do *hostis* a ser neutralizado recaiu sobre a “criminalidade organizada” do narcotráfico.

Neste sentido, já assinalava Rosa del Olmo ao analisar o combate às drogas na década de oitenta:

(...) no continente americano predominam o discurso político jurídico transnacional, assim como dois estereótipos: 1º) o da *cocaína*; 2º) o do *político-criminoso latino-americano*, segundo os quais o atual problema das drogas no Continente se restringe a apenas uma droga e a apenas um responsável¹⁴³.

Contudo, o quadro é agravado mais ainda quando a crença na existência de um *inimigo* está presente não só na política criminal, mas também na doutrina penal, que deveria ser a maior trincheira ao avanço do poder punitivo e não abrir “*espaços para a justificação do terrorismo de estado*”¹⁴⁴.

Sobre a necessidade do direito penal, como doutrina, sempre conter o sistema penal e os efeitos caso se desvie deste caminho, é imperioso mencionar as palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni:

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como *inimigos* –, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência

¹⁴⁵.

Como exemplo da dogmática que crê na existência de um *hostis* a ser a neutralizado, podemos citar o *direito penal do inimigo*, formulado por Günther Jakobs.

6.2 Brevíssimas palavras sobre o *direito penal do inimigo*

¹⁴³ OLMO, Rosa del. Op. cit. p. 74.

¹⁴⁴ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 81.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 172.

Jakobs sustenta que o direito penal possuidor de garantias materiais e processuais só deve ser aplicado às pessoas que pratiquem determinados tipos de crimes sem habitualidade. Estes indivíduos podem ser considerados cidadãos, e assim terem a aplicação do sistema penal comum, se oferecerem “*garantia cognitiva mínima de comportamentos relacionados à manutenção da vigência das normas*”¹⁴⁶, ou seja, desde que demonstrem a consciência de que, apesar de terem transgredido a norma, devem manter o pacto social. Portanto, para Jakobs a pena aplicada aos cidadãos, numa concepção kantiana, funciona como “*resposta desautorizadora do fato, procurando restabelecer a confiança social na estabilidade da lei (penal)*”¹⁴⁷.

Entretanto, defende o autor alemão que em determinados casos, os agentes não podem ser considerados cidadãos e, conseqüentemente, não lhes deve ser aplicado um sistema penal com garantias. Para explicitar claramente este ponto, valemo-nos das palavras do próprio Jakobs:

(...) quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto des que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido¹⁴⁸

Em suma, o que sustenta o doutrinador alemão é que aqueles indivíduos que pratiquem condutas que demonstrem desprezo ou ignorância pelo respeito às normas que compõem o pacto social não podem ser considerados cidadãos e, assim, não são possuidores de personalidade política e todos os direitos inerentes a ela.

Quando tratamos da Ideologia da Segurança Nacional dissemos, sustentados em Salo de Carvalho, que seus conceitos fundadores “*estão centrados na mesma fragmentação maniqueísta encontrada na principiologia fundante da IDS*” (Ideologia da Defesa Social). Esta idéia comprova que a tese sustentada por Jakobs, na qual é proposto o “*redimensionamento no marco ideológico defensivista com a assunção formal da*

¹⁴⁶ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 78.

¹⁴⁷ Loc. cit.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del Ciudadano e Derecho Penal del Enemigo*, p. 55, - apud. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 79.

*dicotomia bem e mal e com a estrutura explícita da beligerância*¹⁴⁹, tem suas raízes na Ideologia da Segurança Nacional, uma vez que ambas estão centradas na mesma característica defensivista, qual seja, o *princípio do bem e do mal*¹⁵⁰.

Quanto à identificação deste *inimigo* sobre o qual recairão as regras diferenciadas, Jakobs afirma que sua característica principal é a habitualidade e profissionalização no cometimento de crimes, ou seja, os indivíduos que demonstrem possibilidade de reiteração delitiva. Por esta concepção, pode-se ter uma idéia do quão subjetiva e arbitrária é a escolha de um *inimigo* no *direito penal do inimigo*.

Exatamente pela possibilidade de reiteração delitiva e a conseqüente probabilidade destes indivíduos causarem maiores danos é que estaria justificada a aplicação das regras diferenciadas propostas por Jakobs, tais como: intervenção penal desde os atos preparatórios, supressão de garantias processuais, e aplicação de penas rígidas com nítido caráter neutralizador.

As semelhanças das propostas do *direito penal do inimigo* com o sistema penal de drogas brasileiro (e mundial) são patentes. As rotineiras incursões policiais em áreas carentes são um perfeito exemplo de intervenção penal (genocida) em (supostos) atos preparatórios, o maior prazo de prisão temporária aos acusados por tráfico de drogas (parágrafo 4º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072 de 1990) é um exemplo de supressão de garantias processuais, assim como uma progressão de regime mais rígido (parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072 de 1990) é uma cristalina tentativa de aplicação de pena neutralizadora.

Não se pretende afirmar com essas semelhanças a aplicação da “*doutrina direito penal do inimigo*” no sistema jurídico brasileiro; a uma, porque a tese formulada por Jakobs, de uma forma geral, não foi bem aceita pela dogmática e tribunais pátrios; a duas, porque a teoria apresentada pelo autor alemão não traz nenhuma novidade ante a prática penal em nosso país e em diversos locais do mundo, apenas oficializa as reais funções exercidas pelo direito penal.

Contudo, podemos concluir, a partir da comparação entre as sugestões de tratamentos propostas por Jakobs e o sistema penal de drogas brasileiro, que o traficante de drogas foi escolhido (já faz um tempo, é verdade) como este inimigo número um que merece tratamento diferenciado. Apesar de não ser novidade a escolha deste *hostis*, o

¹⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 79.

¹⁵⁰ Ver subitem 2.2.

poder punitivo aplicado no seu combate cresce atualmente de forma assustadora, oficializando a carnificina aplicada às camadas pobres como “sacrifícios” inevitáveis de uma *guerra*.

Para melhor expressar o grave momento vivido no Estado do Rio de Janeiro, que exemplifica o quadro brasileiro, vale transcrever o trecho de uma entrevista do Secretário de Segurança Pública:

O Rio chegou a um ponto que infelizmente exige sacrifícios. Sei que isso é difícil de aceitar, mas, para acabarmos com o poder de fogo dos bandidos, vidas vão ser dizimadas. O quadro é esse. Ao longo do tempo, as quadrilhas se fortaleceram a tal ponto que hoje têm a audácia de abanar armas para a polícia. Quando 350 policiais entram numa favela, 25 bandidos resolvem encará-los e fazem um estrago terrível. Recentemente, morreram doze pessoas nos confrontos da Favela da Coréia, na Zona Oeste. Mas, se não tivéssemos agido agora, no ano que vem morreriam 24. E, se esperássemos mais dois anos, seriam 36, e assim sucessivamente. É uma guerra, e numa guerra há feridos e mortos¹⁵¹.

6.3 Traficante de drogas: mais um *hostis* escolhido pelo poder punitivo

Pelo histórico da legislação de drogas, pela opinião de alguns agentes públicos, pela adesão do Brasil no plano internacional de combate às drogas, é de fácil percepção que o principal *não ser* idealizado no sistema penal brasileiro é o traficante de drogas, e sua criação “*introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito*”¹⁵².

A análise dos movimentos punitivos atuais, na busca de alternativas que reduzam os danos do modelo penal de drogas implementado, pode fazer com que nos esqueçamos do quão histórico e repetitivo é a escolha por *inimigos* nas sociedades. Deste modo, a análise de outros momentos nos quais a humanidade escolheu *hostis* a serem neutralizados é um importante instrumento de auxílio na compreensão e previsão das ondas criminalizantes atuais, além de nos mostrar qual o nosso papel, como operadores do direito, dentro deste contexto.

¹⁵¹ Entrevista concedida pelo Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, ao repórter Ronaldo Soares, da revista *Veja*.

Acessado no sítio: <http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/reporterdecrime/default.asp?a=135&periodo=200710> (blog repórter de crime), em 02 de junho de 2008, às 20:00 horas.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 25.

Sobre nossa função, é preciso reproduzir as brilhantes palavras de Zaffaroni:

A tarefa que devemos enfrentar não é a simples postulação de sua recusa no direito penal – o que não é tarefa simples em si mesma, dado que se trata de uma presença visível ou invisível, porém constante –, mas precisamente para eliminar essa presença é mister encarar outro esforço, muito mais amplo: nunca eliminaremos ou reduziremos a presença do *hostis* no direito penal *se antes não verificarmos que se trata de uma cunha de madeira mole por dentro*. O pensamento moderno nos oferece os elementos para proceder a essa verificação, porém cometeríamos um grave erro se, deixando-os de lado, nós nos apoiássemos somente em sua componente contraditória para apresentá-lo como *pós-moderno* ou superador da modernidade, quando, na realidade, **não se trata de nada mais do que um obstáculo do pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade**.¹⁵³ (grifo nosso).

A brilhante obra de Eugênio Raúl Zaffaroni, *O inimigo no direito penal*, apresenta, com maestria, esta análise histórica e atual da escolha por inimigos, e nos fornece respostas para o turbilhão punitivo aplicado ao tráfico de drogas.

6.3.1 Algumas palavras sobre poder punitivo

Zaffaroni nos ensina que as grandes potências necessitam, para poder exercer seus “poderes planetários”¹⁵⁴ dominantes sobre outros povos, estabelecer uma rígida organização interna hierarquizada, “*muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades)*”¹⁵⁵. Foi dessa forma com o império romano, com o colonialismo no século XV, com o neocolonialismo no século XVIII, e a globalização no século XX.

Este poder de controle interno das potências, que visa neutralizar *aqueles* que possam prejudicar o projeto de conquista e expansão, denomina-se poder punitivo.

Inicialmente, é preciso mencionar que a característica fundamental do poder punitivo é o confisco do conflito, ainda que puramente privado, por parte do poder

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 24.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 30.

¹⁵⁵ Loc. cit.

público. A vitimização excessiva acaba por retirar a própria vítima do conflito e renegá-la a mero dado de criminalização. Sobre este fenômeno Zaffaroni conclui:

O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os quais supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social¹⁵⁶.

Deste modo, para que Roma pudesse ser o império que foi, para que a Europa pudesse realizar nos séculos XV e XVIII o processo de mundialização do poder planetário (colonialismo e neocolonialismo) foi fundamental o confisco da vítima *“como pretexto para vigiar, disciplinar e neutralizar os disfuncionais”*¹⁵⁷.

As declarações de um agente público do Estado do Rio de Janeiro servem como perfeito exemplo deste fenômeno:

A polícia não matou tanto. Se a criminalidade reagisse entregando as armas e pedindo desculpas pela barbaridade. Mas vamos inverter. Quantos foram mortos pelos criminosos ano passado? E o filho do Lídio Toledo? E o João Hélio? Vamos ver os direitos das vítimas, que estão sofrendo¹⁵⁸.

Contudo, para que o exercício deste poder seja eficaz e justifique rígidas intervenções penais, necessária se faz a propagação da crença em um *hostis* que coloque em risco a segurança da nação. O *indesejável* é, portanto, estratégico para que o poder (interno) possa efetivamente controlar. É neste contexto que o traficante de drogas está no sistema penal brasileiro e latino americano, como bem afirma Nilo Batista:

O Fernandinho Beira-Mar é estratégico porque a passagem dele pela Colômbia seria esse elo político fundamental para compactar os discursos de droga e os discursos de repressão à guerrilha colombiana que domina 40 por cento do território e é uma questão política, um estado de guerra civil. Portanto, o olhar internacional deveria ser completamente outro. Esse é o problema: criminalização usada como expediente de desqualificação política, ou de repressão política, a pretexto do que aparece como crime comum. Dos anos 60 até hoje, houve também uma imperceptível despolitização da droga¹⁵⁹.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, Op. cit. p. 31.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, Op. cit. p. 32.

¹⁵⁸ Entrevista concedida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Fonte: sítio – http://o.globo.globo.com/rio/mat/2008/01/09/cabral_rebate_criticas_sobre_numero_de_mortos. Acessado em 09 de janeiro de 2008.

¹⁵⁹ Entrevista com Nilo Batista e Vera Malaguti Batista. In: Caros Amigos, agosto de 2003, ano VII, número 77.

Sobre essa fundamental relação entre poder punitivo e o inimigo, apenas nos resta transcrever as palavras de Zaffaroni:

(...) a história nos mostra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes, alguns inimagináveis hoje em dia, conforme a emergência invocada, os preconceitos explorados pelo discurso *völkisch* de cada momento, as corporações que assumiram a hegemonia

Muito embora alegue-se que no século XXI os Estados proporcionam uma igualitária liberdade entre os súditos, os quais “apenas” devem obedecer as leis aprovadas dentro de um sistema democrático, não pode ser afirmado que as regras atuais são democráticas, uma vez que é impossível olvidar a técnica, comumente utilizada no regime nazista, do discurso *völkisch*, que consiste em “*alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez*”¹⁶⁰. Com isso, grande parte da atuação dos atuais Estados de direito, e nisso incluem-se suas legislações e políticas criminais, são meras respostas às ânsias cridas pelo discurso *völkisch*, que, ao contribuir para a criação do *não ser*, faz com acabe a “democracia” para estes indivíduos escolhidos para serem neutralizados.

Faz parte da essência da função dos operadores do direito buscar alternativas que reduzam a incidência do poder punitivo pela individualização do *inimigo* a ser neutralizado. No Brasil, urge esta tentativa sobre a figura traficante de drogas, porque a partir desta (não) pessoa legitima-se o terrorismo de Estado.

A tarefa não é nada fácil, pois, nas palavras de Orlando Zaccone, a imagem a ser desconstruída é a seguinte:

Um homem ou mulher sem nenhum limite moral, que ganha a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça alheia, que age de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado aos quais a prisão é destinada como metáfora da jaula. O “traficante” é sempre um ser perigoso e seu encarceramento se justifica para além da realização do direito, como uma verdadeira necessidade face a sua natureza de “fera”. O discurso do medo ganha retoques inquisitoriais com a “demonização” do traficante, fato esse que encontra na *mass mídia* a força do verdadeiro “empresário moral”.¹⁶¹

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 57.

¹⁶¹ ZACCONE, Orlando. Op. cit. p. 118.

6.3.2 A desconstrução do inimigo (traficante)

O primeiro passo na desconstrução do *inimigo* é reconhecer, e aqui não pretendemos ser prolixo, que sua criação não é uma novidade, mas sim a repetição de um fenômeno histórico, só que incidindo numa (não)pessoa diferente. Tal premissa é fundamental para a deslegitimação do poder punitivo, pois o argumento comumente utilizado para o recrudescimento do sistema penal é que “*o hostis dos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita necessidade*”¹⁶² para neutralizar seu perigo.

Este argumento parece desconhecer que a história da instauração de emergências não tem limites, uma vez que quem define os limites do poder punitivo é quem o controla. Deste modo, é fundamental não ceder terreno algum¹⁶³ e não se deixar levar por “discursos punitivos prudentes”, posto que diante de determinada situação de insegurança ocorrerá sempre mais um acréscimo de punição na “estrita medida da necessidade”, o que redundará num Estado de polícia cada vez menos contido pelo Estado de direito¹⁶⁴.

Sobre o poder punitivo na era da globalização, vale dizer que “*Zaffaroni afirmou que a projeção genocida da última revolução técnico - científica e neoliberal faria empalidecer a crueldade histórica dos colonialismos anteriores*”¹⁶⁵.

É evidente que uma mudança radical no poder punitivo só pode ser desenvolvida por meio de uma transformação política, o que, no cenário atual, onde o discurso punitivo tem sido a principal ferramenta para angariar votos (e aqui, é impressionante o aumento no número de parlamentares que possuem como única plataforma eleitoral o recrudescimento do sistema penal), parece impossível. Por isso, como revoluções nem sempre são possíveis, os esforços devem se concentrar na *contenção* do poder, onde o direito penal tem um papel fundamental a exercer.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 24.

¹⁶³ Cf. Loc. cit.

¹⁶⁴ Para Zaffaroni há uma dialética continua entre o Estado de direito e o Estado de Polícia, uma vez que o Estado de direito nada mais é do que a contenção do Estado de polícia. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 24).

¹⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 133.

O direito penal não pode ser neutro¹⁶⁶. Ele deve, ao contrário, ser parcial a todo momento na busca pelo Estado de direito ideal, uma vez que cada espaço concedido para o poder punitivo respirar, legitimando o tratamento de seres humanos como *inimigos*, representa um avanço do Estado de polícia.

Essa parcialidade do direito penal deve existir inobstante o cenário de punição parecer ser invencível, até porque muitas das sugestões e idéias de contenção permanecem vivas ao longo dos séculos e por diversas vezes não são aplicadas ao tempos de sua criação. Isso ocorre porque quanto mais determinada for a resistência ao poder punitivo mais forte será sua tentativa de expansão e “*mais pírricas serão suas vitórias, ou seja, nossas derrotas*”¹⁶⁷. Para isso, é fundamental que os operadores do direito não se deixarem levar pelo *Zeitgeist* (espírito do tempo)¹⁶⁸.

Sem dúvida não é uma tarefa fácil enfrentar o poder punitivo. Zaffaroni nos mostra que historicamente aqueles que buscaram lutar contra o Estado de exceção, o discurso *völkisch*, a escolha do *inimigo*, os genocídios legitimados, não tiveram vidas fáceis:

Spee correu o risco de acabar na fogueira, Beccaria publicou seu livro anônimo, Pagano foi fuzilado, Marat morreu apunhalado na banheira, Rossi foi esfaqueado, circulou a lenda que Feuerbach foi morto por envenenamento (o que não parece ser verdade), Romagnosi foi processado, Carmignani condenado ao desterro, Mello Freire denunciado à inquisição, Lardizabal defenestrado e ignorado¹⁶⁹.

No que tange aos delitos relacionados às drogas ilícitas a resistência do direito penal deve ser imediata, porque “*o sistema penal, ao tratar das drogas, legitima o controle social sobre as camadas pobres, hoje vistas como inimigas, dada a sua exclusão do seu mercado consumidor*”¹⁷⁰. O atual nível de repressão ao traficante de drogas nunca fora visto anteriormente e tem utilizado verdadeiras técnicas exterminadoras.

Caso o direito penal não exerça função que lhe é inerente e que faz parte da sua essência, as frases postas nas primeiras linhas da introdução deste trabalho vão se tornar cada vez mais corriqueiras e reais.

¹⁶⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl Op. cit. p. 176.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 175.

¹⁶⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl Op. cit. p. 177.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 176.

¹⁷⁰ ZACCONE, Orlando. Op. cit. p. 118.

CONCLUSÃO

Após analisarmos as bases ideológicas punitivas e o histórico da legislação brasileira de drogas, percebemos claramente o processo que redundou na criação da atual Lei nº 11.343/06.

O período da transição democrática foi peça chave na atual crença do traficante como inimigo, visto que:

O mito da droga se estabelece nesse período de transição da ditadura, a partir dos anos setenta. Há uma determinação estrutural regulada por leis de oferta e demanda concomitante a uma carga ideológica e emocional disseminada

pela mídia e acolhida pelo imaginário social a partir da estratégia dos países capitalistas centrais¹⁷¹.

Sobre a atual Lei nº 11.343/06 é preciso mencionar, como bem assinala Zaccone, que “*nunca a ‘ideologia da diferenciação’, que separa usuários de traficantes esteve tão bem definida, oferecendo aos consumidores tratamento médico (ainda que compulsivo)* [e aqui é nítida a influência do pensamento defensivista] *e, aos traficantes, longas privações de liberdade ou execuções sumárias*”¹⁷², sendo nítida, neste ponto, a semelhança com a Ideologia da Segurança Nacional.

Soma-se a isso o fato da seletividade inerente ao sistema penal ser cruelmente potencializada na atual política criminal de drogas, porque é cinzenta a distinção da conduta entre tráfico e uso (entre a jaula e a coerção médica) operada pela lei. A ausência de critérios cristalinos faz com que a imputação ao delito do tráfico fique a bel prazer dos agentes envolvidos no sistema penal, o que é altamente temerário, pois sua atuação é fundada nos piores preconceitos sociais.

Neste ponto, acreditamos que, no que tange à atual lei de drogas, a necessidade de a acusação provar o dolo de mercancia do acusado de tráfico, o que somente será possível se a opinião do Ministério Público e do magistrados não ficarem vinculados ao trabalho da Polícia Judiciária, são mudanças interpretativas fundamentais para criar uma barreira de contenção da preconceituosa e neutralizadora seletividade operada pelo poder punitivo.

Todo esse processo ideológico e legislativo resultou na criação de um estereótipo ontológico do traficante, o que acabou por identificar a população pobre com este *inimigo*, razão pela qual têm sido realizadas verdadeiras ações genocidas em áreas carentes, sendo a situação no Estado do Rio de Janeiro apenas mais um exemplo.

Partilhamos, neste ponto, da mesma incompreensão de Vera Malaguti:

Como não enxergar nessas comunidades as principais vítimas de uma modernidade exterminadora e segregadora, cuja dinâmica tenta destruir as redes de solidariedade tão cuidadosamente mantidas em séculos de colonização e barbárie¹⁷³.

¹⁷¹ BATISTA, Vera Malaguti, Op. cit. p. 40.

¹⁷² ZACCONE, Orlando. Op. cit. p. 129.

¹⁷³ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. p. 40.

A crença na necessidade de eliminação do traficante faz-se necessária ante a “*decisão política do Estado, que trocou a responsabilidade coletiva pela exclusão de classe pela privatização da segurança, sob o signo do medo*”¹⁷⁴. Deste modo, o atual modelo de drogas é um claro exemplo da intrínseca ligação entre Estado de exceção e existência de um *inimigo*.

Diante do assustador cenário estudado, que parece não ter solução, nosso pensamento molda-se perfeitamente ao que assevera Zaffaroni:

Podemos reformular algumas reflexões, mas poucas conclusões, porque concluir implica encerrar o tema e, na realidade, o tema de fundo não tem conclusão, não pode *encerrar-se*, porque excede em muito à crítica de uma proposta isolada e remete a um colossal problema político que acompanha todo o direito penal dos últimos séculos, ou seja, desde que este se converteu decididamente (ou deveria ter-se convertido) no direito penal do Estado constitucional de direito¹⁷⁵.

A incapacidade dos operadores do direito modificarem o modelo de drogas implementado é evidente, porque denotaria uma ação política uma transformação radical.

Contudo, é a essência do mundo *forense* a constante e incansável luta pelas liberdades e garantias fundamentais. Se o poder não pode punitivo não pode ser vencido, ele pode, e deve, ser contido.

Por tudo isso, o traficante de drogas é mais um *inimigo* escolhido pelo poder punitivo e, como tantos outros da história, talvez daqui a alguns séculos julguem ser inacreditável o repressivismo e punição aplicados a partir da crença neste *não ser*. Mas até lá, é tarefa do direito penal funcionar como uma contenção intransponível ao poder punitivo.

¹⁷⁴ ZACCONE, Orlando. Op. cit. p. 130.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 189.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia, crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan : Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 10 ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: **Discursos Sediciosos**, nº5/6, p. 77, 1998, Ed. Freitas Bastos.

BATISTA, Vera Malaguti. **Dífcéis ganhos fáceis: droga e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, Trad. Torrieri Guimarães, Rio de Janeiro: Ed. Martin Claret, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte geral, tomo 1**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ **A nova lei de segurança nacional**. Revista de Direito Penal de Criminologia, nº 35, p. 60-69. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Fonte: www.fragoso.com.br

_____ **Aspectos legais da toxicomania**. Revista de Direito de Criminologia, nº 08, p. 85-100. Rio de Janeiro: Fonte: www.fragoso.com.br

GARCIA, Basileu. **Instituição de Direito Penal**. 4ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1972.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada. Quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em buscas das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2007.